

Université de Montréal

**JALONS POUR UN CADRE DE REFERENCE OHADA EN DROIT DES
CONTRATS**

par

Karel Osiris Coffi DOGUE

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

Juillet 2013

© Karel Osiris Coffi DOGUE, 2013

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**JALONS POUR UN CADRE DE REFERENCE OHADA EN DROIT DES
CONTRATS**

Présentée et soutenue publiquement par
Karel Osiris Coffi DOGUE

A été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Nicolas Vermeys
président-rapporteur

Emmanuel Sibidi Darakoum
directeur de recherche

Arthur Oulaï
membre du jury

Elise Charpentier
membre du jury

Diawara Karounga
examineur externe

Jean-Michel Cousineau
membre du jury, représentant du Doyen

RÉSUMÉ

Le droit des contrats est reconnu comme étant la charnière juridique des activités économiques. Ceci explique, entre autres, l'engouement des organisations supranationales européennes, nord-américaines et asiatiques pour son harmonisation. L'Afrique de l'OHADA n'est pas restée en marge de ce phénomène juridique notamment avec l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Partant de cet avant-projet, véritable décalque des principes d'UNIDROIT, mais sans s'y limiter, l'auteur pose les jalons d'un cadre de référence africain pour un droit des contrats.

Cette construction passe d'abord par l'identification des enjeux posés par ce corpus contractuel à vocation panafricaine. Ces enjeux sont à la fois théoriques et pratiques, économiques, juridiques, et extrajuridiques. Sur la base des enjeux ainsi cernés, l'auteur s'emploie à faire des orientations fondamentales au législateur de l'OHADA et aux parties contractantes. Il se base ensuite sur ces orientations pour proposer des amendements aux piliers contractuels contemporains en les rapprochant des spécificités africaines précisées.

Le cadre de référence ainsi esquissé, est enfin confronté à la pratique des expériences européennes et nord-américaines existantes afin d'en apprécier la pertinence pour le bénéfice du commerce transfrontalier africain.

Mots-clés : OHADA, théorie générale des obligations, contrats spéciaux, bijuridisme, common law, droit civil, harmonisation, uniformisation, unification, loi-modèle, identité contractuelle africaine.

ABSTRACT

The law of contracts is recognized as the legal crossroad of economic activities. This explains, among other things, the interest of the European, North American and Asian supranational organizations for its harmonization. OHADA is also interested in this legal phenomenon especially with the draft Uniform Act on contract law.

Based on this draft, a copy of UNIDROIT principles, the author lays the foundation of a frame of reference for African contract law. This construction starts with the identification of the key issues of an African contract law. These issues are related to theoretical and practical, economic, legal and extra-legal issues. With these issues identified, the author seeks to make fundamental guidance to OHADA's legislator and parties to a contract. He then uses these guidelines to propose amendments to the contemporary contractual principles in accordance with the African particularities.

The African contractual frame of reference thus outlined is finally confronted with the practice of existing European and North American experiences in order to assess its relevance for a better benefit of African cross-border trade.

Keywords : OHADA, Theory of Obligations, Commercial Contracts, Bijuralism, Common Law, Civil Law, Harmonization, Uniformization, Unification, Model Law, African Contractual Identity.

SOMMAIRE

RESUME.....	v
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	xi
REMERCIEMENTS	xvii
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE : Les enjeux de l'élaboration d'un cadre de référence OHADA	22
TITRE 1 ^{ER} : Les modalités d'élaboration.....	27
CHAPITRE 1 : La méthode de conception.....	31
CHAPITRE 2 : Les défis d'une théorie générale des contrats OHADA	96
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{ER}	125
TITRE 2 : Quelques orientations fondamentales pour un cadre de référence OHADA.....	127
CHAPITRE 1 : La pertinence d'une ouverture de l'OHADA civiliste au <i>common law</i>	129
CHAPITRE 2 : La précision de l'objet de la réforme du droit OHADA des contrats.....	191
CONCLUSION DU TITRE 2 :	240
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	242
SECONDE PARTIE : L'élaboration substantielle d'un cadre de référence OHADA	243
TITRE 1 ^{ER} : De l'avant-contrat à la pérennité du lien contractuel	246
CHAPITRE 1 : Quelques éléments de formation du contrat	248
CHAPITRE 2 : L'intégrité pérenne du contrat en droit OHADA.....	285
CONCLUSION TITRE 1 ^{ER}	322
TITRE 2 : De l'après-contrat OHADA à la confrontation du cadre de référence aux autres expériences étrangères	323
CHAPITRE 1 : L'après-contrat dans l'AUDC	324
CHAPITRE 2 : La consolidation par confrontation du futur AUDC aux expériences étrangères	374
CONCLUSION TITRE 2	428
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	429
CONCLUSION GENERALE.....	430
TABLE DES MATIERES	i
INDEX ALPHABETIQUE	vi
BIBLIOGRAPHIE.....	viii

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AAHJF	Association africaine des hautes juridictions francophones
Arch. Philo. Dr.	Archives de philosophie du droit (France)
Al.	Alinéa
Ann.	Annales
Art.	Article
ASEAN	Association of South East-Asian Nations
AU	Acte Uniforme
AUA	Acte uniforme sur l'arbitrage
AUC	Acte uniforme sur le droit comptable
AUDCG	Acte uniforme sur le droit commercial général
AUPCAP	Acte uniforme sur les procédures collectives d'appurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution
AUSCGIE	Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique
AUSCOOP	Acte uniforme sur les sociétés coopératives
C. Cass.	Cour de cassation (France)
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.civ.	Code civil français
Cass. Civ.	Cour de cassation française, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation française, chambre commerciale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CCR OHADA	Cadre contractuel de référence de l'OHADA
CCR	Cadre commun de référence
CEDEAO	Communauté économique des états de l'Afrique de l'ouest
Chr.	Chroniques
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COCC	Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal
Coll.	Collection
Comp.	Comparer

CSC	Cour suprême du Canada
D.	Dalloz
Dir.	Direction (sous la direction de)
Dr	Docteur
Ed.	Editions
Etc	Et caetera
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
i.e.	C'est-à-dire
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
JCP	Jurisqueur périodique
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence (France)
Me	Maître
N°	Numéro
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
Op. cit.	Opere citato (ouvrage précité)
OUA	Organisation de l'Unité africaine
p.	Page
PECL	Principles of European Contract Law
PEDC	Principes européen du droit des contrats
pp.	Pages
PU	Principes UNIDROIT
PUF	Presses universitaires de France
Rappr	Rapprochement
QCCA	Cour d'appel du Québec (Canada)
QCCS	Cour supérieure du Québec (Canada)
R. du. N.	Revue du Notariat (Canada)
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Canada)
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé

R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques (Belgique)
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Canada)
RDC	Revue des contrats
Réf.	Références
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SNC	Société en nom collectif
Spéc.	Spécifiquement
ss.	Sous
SSRN eLibrary	Social Science Research Network Electronic Library
t.	Tome
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review (UK)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
Unif ; L. Rev./Rev. Dr. Unif.	Uniform Law Review/Revue de droit uniforme
V.	Voir
Vol.	Volume

Au commencement était le Verbe...
A mes parents, Cyriaque et Mathilde...
A ma tante Pascaline, une passerelle divine.

REMERCIEMENTS

L'auteur tient à remercier chaleureusement Monsieur **Emmanuel Sibidi Darankoum**, Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal, Directeur de recherche, qui a encadré ce travail de recherche.

Monsieur **Guy Lefebvre**, Professeur titulaire, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal trouvera à travers ces lignes l'expression de notre profonde gratitude pour le pragmatisme et la profondeur scientifique de ses observations.

Aux membres du jury ainsi qu'à tous mes professeurs d'ici et d'ailleurs. Une note particulière est adressée aux professeurs **Joseph Djogbénu; Noël A. Gbaguidi; Akuété Pedro Santos** pour avoir fait des observations sur des versions antérieures de cette thèse. Le professeur **Dorothé C. Sossa** mérite un encart spécial pour nous avoir inspiré durant toutes nos études après nous avoir donné le goût du droit des obligations dès notre première année de droit. Une note de remerciement va aussi à l'endroit du Docteur **Félix Onana Etoundi, HDR**, qui a cru en notre potentiel et a grandement contribué à nous offrir l'opportunité de l'exercer professionnellement.

Que la Faculté de droit de l'Université de Montréal soit remerciée pour nous avoir octroyé une bourse d'excellence dans le cadre de cette recherche doctorale. Que notre **Alma Mater**, la Faculté de droit de l'Université d'Abomey-Calavi et son corps enseignant en république du Bénin tire de cette recherche la preuve de notre attachement filial.

Une telle œuvre ne peut s'achever sans le soutien à différents degrés de nombreuses personnes; que soient chaleureusement remerciés, tous ceux et celles qui de près ou de loin ont contribué à la finalisation de cette recherche. Un merci particulier à **Sambath**.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La première leçon de l'histoire est d'inviter la modestie contre l'extravagante vanité collective du présent car ce que l'on croit découvrir l'a été déjà et mieux, et autrement », Michel Villey¹.

[1] Conduit à se prononcer sur l'unification du droit, Wieland s'exclamait en 1935 : « il s'agit là d'un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve! »². Comme beaucoup d'autres auteurs actuels se prononçant sur la question de l'uniformisation du droit des contrats OHADA, Wieland avait tort³.

[2] L'harmonisation du droit des contrats constitue un projet prometteur de longue date⁴ mais également une chimère pour certains auteurs⁵. A titre de bref rappel historique, le premier groupe de travail qui était à vocation européenne remonte à l'entre-deux guerre. Ce fut une initiative de Vittorio Scialoja en 1916 pour un code des obligations et des

¹ Michel VILLEY, *Réflexions sur la Philosophie et le Droit*, Les Carnets, PUF, Livre XIII, p. 296.

² WIELAND, *Sources du droit et droit mondial : recueil en l'honneur de François Gény*, 1935, III, 473.

³ L'uniformisation, l'harmonisation ou la convergence des droits en général est considérée comme une conséquence de la mondialisation des droits. La doctrine reconnaît de nos jours que « la question n'est déjà plus de savoir si l'on est pour ou contre la mondialisation du droit, car c'est un fait : le droit devient mondial », Mireille DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », D. 1999, p. 43. On a pu dire aussi que « la mondialisation du droit est une fatalité », Achille A. NGWANZA, *La favor contractus dans les principes Unidroit et l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA*, Thèse de doctorat, Université Paris-Sud 11, 2011, inédit, p. 3.

⁴ Voir Claude WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées. », R.T.D.Civ., juill.-sept. 2003, p. 447 et s., spécifiquement p. 448, note n°4 pour une liste exhaustive des participants.

⁵ Pierre LEGRAND, « Against a European Civil Code », 60, *The Modern Law Review*, 1997, p. 47 ou encore Pierre LEGRAND, « La leçon d'Apollinaire », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), Éd. Economica, 2001, p. 37 et s.

contrats franco-italien. Le groupe était dirigé alors par Ferdinand Lamaude et comprenait plus d'une vingtaine de juristes français de l'époque. L'harmonisation du droit des contrats est actuellement en cours d'élaboration en Europe⁶, en Asie⁷, n'a jamais pu être finalisée en Amérique latine⁸ alors qu'elle a connu un semblant d'épilogue en Amérique du nord⁹. L'Afrique ne reste pas en marge de cet engouement puisqu'elle connaît également (ou plutôt a connu devrions-nous dire) un projet d'uniformisation du droit des contrats¹⁰ des dix sept (17) États membres de cette organisation communautaire supranationale qu'est

⁶ On peut énumérer entre autres la Commission pour le droit européen du contrat avec comme président le professeur Ole LANDO ayant donné lieu aux « Principes du droit européen du contrat »; l'Académie des privatistes européens dirigé par Giuseppe GANDOLFI qui a rédigé un avant-projet de « Code européen des contrats »; les communications successives de la Commission Européenne au Conseil et du Parlement européen formant des groupes de travail en 2001, 2003 (*Droit européen des contrats*, 11 juillet 2001, 398 pp. ; *Un droit européen plus cohérent - un plan d'action*, 12 février 2003, 68 pp. etc.); le projet de Cadre Commun de Référence (Common Frame of Reference); les travaux du groupe Von Bar portant sur un Code Civil Européen, etc.

⁷ Mentionnons d'abord les propos avant-gardistes de Roland AMOUSSOU-GUÉNOU dans son article intitulé « Perspectives des Principes ASEAN (ou asiatiques) du droit des contrats », RDAI 2005-5, p. 573 ; Ensuite, soulignons que des travaux sont actuellement en cours pour des Principes Asiatiques de droit civil. Voir N. KANAYAMA, « PACL : Principles of Asian Civil Law », dans Benoît MOORE, (Dir.), *Mélanges Jean-Louis BEAUDOUIN, Défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Québec, Ed. Yvon Blais, 2012, pp. 393 et s.

⁸ Les initiatives de rapprochement du droit international privé remonte à plus d'un siècle avec en 1878 la signature du Traité de Lima pour l'établissement de règles uniformes de droit international privé dans les Amériques, jamais entré en vigueur; les Conventions de Montevideo de 1888-1889 qui visaient l'harmonisation des règles de conflits de lois. Il y a aussi le Code Bustamante de 1928, un code panaméricain de droit international privé. V. Andrea SCHULZ, Arnau MURIA TUÑON et Rita VILLANUEVA MEZA, « Les instruments américains du droit international privé. Une note sur leurs rapports avec une future convention de la Haye sur les accords exclusifs d'élection de for », Document préliminaire No 31 de juin 2005 à l'intention de la Vingtième session de juin 2005, disponible à l'adresse http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd31f.pdf, p. 4 et s. ou encore Alejandro M. GARRO, "Unification and Harmonization of Private Law in Latin America", *American Journal of Comparative Law*, 40 (1992), 587-616 qui analyse les initiatives d'harmonisation des droits privés sous l'égide de l'Organisation des États Américains (Organization for American States OAS en Anglais). Cette Organisation avait conduit depuis l'époque à la convocation en Amérique latine de la Conférence inter-américaine spécialisée en droit privé (en anglais Inter-American Specialised Conference on Private Law) qui avait pour agenda l'adoption de conventions et lois modèles visant à favoriser l'intégration interaméricaine. Elle a entre autres raisons échoué parce que sa légitimité à constituer le forum adéquat à sa mission a toujours été remise en question.

⁹ L'initiative de l'*Uniform Commercial Code* des États-Unis en est une preuve patente. On peut retenir au même titre l'exemple canadien des Lois d'harmonisation du code civil avec le droit fédéral au Canada. *A priori* s'engager dans cette voie recommande que l'exemple Nord-américain soit considéré en première instance.

¹⁰ Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats élaboré par le professeur Marcel FONTAINE depuis 2003. Disponible sur le site www.unidroit.org/french/legalcooperation/ohada.html, dernière consultation le 28 mai 2013. V. aussi Marcel FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2004, n° 2, p. 265 pour un commentaire de l'Avant-projet.

l'OHADA¹¹. Mais doit-on vraiment parler d'uniformisation ou plutôt d'harmonisation? Empruntons les mots, pour continuer, à Antoine Jammeaud qui intitulait une de ses chroniques, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? »¹².

[3] L'harmonisation des lois peut être définie comme un phénomène d'intégration juridique qui implique le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales ou supra étatiques, en vue de réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations s'insèrent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les Etats membres se sont assignés¹³. A ce propos dans le cadre de l'OHADA et de manière tout à fait pathologique, Joseph Issa Sayegh parle « d'une œuvre mal définie

¹¹ Voir www.ohada.org ou www.ohada.com pour des détails sur l'OHADA. En acronyme, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, c'est à la fois un regroupement de pays principalement d'Afrique noire francophone avec un pays lusophone et un autre hispanophone et un Traité signé à Port Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 (J.O. OHADA, N°4, 1^{er} novembre 1997, p. 1) relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, entré en vigueur en 1995. Il a été révisé par le Traité de Québec au Canada du 17 octobre 2008, entré en vigueur le 21 mars 2010. Ce Traité est conclu entre ces pays et une organisation qu'ils forment et qui est dotée de la personnalité juridique internationale. L'OHADA regroupe actuellement dix-sept (17) États principalement d'Afrique noire francophone (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Congo Brazzaville, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo, Union des Comores). La République démocratique du Congo est la dernière à y avoir fait son entrée puisqu'elle a déposé le vendredi 13 juillet 2012, auprès des Autorités de la République du Sénégal, État dépositaire du Traité de l'OHADA, ses instruments de ratification et d'adhésion audit Traité. L'OHADA a été instituée pour unifier le droit des activités économiques des pays membres de l'organisation. Sur le plan institutionnel l'OHADA comprend un Conseil des ministres de finances et de la justice qui sert d'organe législatif; un Secrétariat permanent qui fait office d'exécutif; une École régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) en charge de la formation des juristes, et autres acteurs juridiques en charge de l'application du droit OHADA ; Une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) chargée de prolonger l'œuvre du législateur OHADA par une unification jurisprudentielle. À ces organes s'ajoute depuis la révision du Traité fondateur en 2008 une Conférence des chefs d'État et de gouvernement prévu par l'article 27.1 du Nouveau Traité OHADA. L'organisation atteint matériellement ses objectifs par la production et l'adoption de textes qualifiés d'Actes uniformes. Il existe actuellement neuf Actes uniformes ayant valeur supranationale c'est-à-dire faisant partie directement du droit positif des États membres pour toutes les matières qu'elles régissent. Pour la genèse et l'historique de l'OHADA, V. Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Petites affiches, n° 20 Spécial, 13 oct. 2004, pp. 4 - 7 ou Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC, 1999, n° 3, p. 543 et s.

¹² Antoine JAMMEAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35-55.

¹³ *Vocabulaire des Termes Juridiques*, Henri CAPITANT, V. Harmonisation, cité par Félix ONANA ETOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Doctrine*, p. 8. à l'adresse : <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/article/les-experiences-d-harmonisation>, Consulté le 10-11-2012.

et jamais achevée »¹⁴. Sur les subtiles différences entre ces concepts (codification et harmonisation / unification), le professeur Filali Osman attire justement notre attention en ces termes :

« l'harmonisation et/ou l'unification n'a pas la même vocation que la codification. En effet, alors que celle-ci, œuvre politique par essence, réside dans une collection de normes aussi complète et systématique que possible [...] à l'intérieur d'un système juridique étatique, celle-là a pour dessein l'adoption de règles uniformes, d'abord conflictuelles puis, dans une seconde étape, matérielles dans des domaines particuliers [...] »¹⁵.

[4] Pour établir un rapport hiérarchique entre ces moyens législatifs, on pourra juste préciser qu'une codification réussie, suppose préalablement un rapprochement des législations, une coordination des normes, une harmonisation ou une uniformisation voire même une unification. Frédéric Zénati-Castaing a, à juste titre, précisé que la codification n'est pas une simple unification, mais aussi une systématisation¹⁶.

[5] On pourrait également distinguer la codification de la consolidation, sur la base du caractère systématique précédemment décrit au sujet de la première. La consolidation est en fait le «regroupement de textes épars, sans aucune construction de nature normative »¹⁷. Il est cependant très difficile de prétendre distinguer les notions d'harmonisation, de rapprochement des législations et de coordination des règles tel qu'a déjà tenté de le faire Masha Antokolskaia¹⁸.

¹⁴ Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, 1999, n° 1, p. 5 et s., Unidroit, Rome, cité par ONANA-ETOUNDI, *Ibid.*, p. 8, note 2.

¹⁵ Filali OSMAN, « Vers une lex mercatoria euromediterranea : la légistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l'Union pour la Méditerranée », *RDAI* 2009, n° 5, p. 577.

¹⁶Frédéric ZENATI-CASTAING, « L'avenir de la codification », *R.I.D.C.*, n° 2, 2011, p. 356-357.

¹⁷ Filali OSMAN, *ibid.*, p; 577 et s.

¹⁸ Tentative aboutie prenant la forme de tableau synthétique visant à aider le lecteur à éviter les confusions conceptuelles, V. Masha ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe : A Historical Perspective. A Tale of Two Millena*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, p. 16 – 23 avec deux tableaux synthétiques aux pages 21 et 23.

[6] Ces différents concepts que nous utiliserons tout au long de notre étude ne doivent pas être confondus malgré le flou entourant leur qualification juridique qui s'apparente à des nébuleuses juridiques. Une telle confusion serait préjudiciable pour la compréhension de nos développements. Ceci d'autant plus que le risque de confusion provient déjà de la dénomination de l'Organisation qui utilise le concept d'harmonisation alors que la méthode d'élaboration des Actes uniformes, leur mode de mise en œuvre et le résultat obtenu, rappellent en tout point et sans aucun doute l'uniformisation pour ne pas parler d'unification. C'est ce qui explique que nous revenons sur la plupart des notions en traitant du choix de la méthode d'harmonisation adaptée au futur droit OHADA des contrats¹⁹.

[7] Il n'est pas superflu pour finir de donner quelques précisions à propos du droit OHADA. Même s'il s'inspire à la base essentiellement du droit français d'inspiration civiliste, le droit de l'OHADA n'en demeure pas moins *sui generis* et fondamentalement africain. Comme preuve de l'origine africaine de l'initiative de l'OHADA, on oublie souvent de mentionner qu'avant même l'année officielle de constitution, soit en 1991, en 1963 à Cotonou, durant le sommet de l'Union africaine et malgache, le juge Kéba Mbaye avait proposé la mise sur pied du Bureau Africain et Malgache de Recherches et d'Études Législatives (BAMREL), ancêtre de l'OHADA. Ce Bureau avait pour objectif d'être un centre de collecte d'information et de rédaction de propositions de lois en vue d'une harmonisation des législations. Le résultat des travaux du Bureau devait parvenir à une Conférence des chefs d'États qui pourraient alors adopter la législation proposée à l'unanimité. Cette législation avait vocation à être immédiatement applicable dans les États membres du Bureau sous réserve de limitations constitutionnelles. La procédure ainsi

¹⁹ V. 1^{ère} partie/Titre 2/Chapitre 1^{er}/Section 1/Paragraphe 2.

décrite²⁰ rappelle à juste titre le processus d'élaboration actuelle des Actes uniformes de l'OHADA prévue aux articles 6 et surtout 7 du Traité de l'OHADA dans sa version modifiée à Québec. A l'époque, la proposition aurait durant ce sommet reçu l'approbation des chefs d'États africains et malgache sans toutefois être adoptée.

[8] Ce droit OHADA a en effet repris de nombreux éléments du système civiliste sans en copier toutes les lacunes. Le²¹*Common Law* demeure par ailleurs une source d'inspiration non négligeable qui, couplé à certains aménagements, font du droit OHADA un droit efficace et autonome. La diversification des sources d'inspiration internationales²² et le résultat exceptionnel de cette combinaison normative permet de dire que le droit OHADA possède comme plusieurs sources dont il s'inspire, toutes les caractéristiques requises des normes récentes.

[9] Des innovations ponctuelles essaient de ne pas déconnecter ce droit de la réalité africaine. Elles lui donnent en tout état de cause une valeur juridique de clarté et de concision à laquelle s'ajoute sa complétude. L'insistance du législateur originaire sur les caractères de simplicité, de modernité et d'efficacité est une donnée constatée qui permet de parler d'une effectivité des règles élaborées par l'OHADA²³. Cependant, il faut

²⁰ V. E. Allan FANSWORTH dans « Law Reform in a Developing Country: a New Code of Obligations for Senegal », *Journal Of African Law*, Vol. 8, 1964, p. 7.

²¹ Sur la question du genre grammatical de l'expression *common law*, V. pour le genre féminin, René DAVID repris plus tard par Camille JOFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 272, p. 324 ou encore Jacques VANDERLINDEN, Gérard SNOW et Donald POIRIER, *La Common Law de A à Z*, Cowansville, Editions Yvon Blais/Bruylant, 2010. Nous sommes cependant plus en accord avec le professeur LEGRAND qui retient essentiellement que *common law* équivaut à « droit commun » et pas « loi commune » ou « comune ley » comme le retenait -certes avec nuances- A. KIRALFY, « Law and Right in English Legal History », (1985) 6 J. Leg. Hist. 49 à la page 55, cité par Pierre LEGRAND JR (Dir.), *COMMON LAW d'un siècle à l'autre*, Les Éditions Yvon Blais, 1992, spéc. la *préface* aux pages XVI à XVIII. L'auteur y refait quasiment toute l'historique du genre à attribuer à cette tradition juridique : « LE » *common law*. Voir P. LEGRAND, « Pour le common law », RIDC, 1992, p. 942.

²² Gaston Kenfack DOUAJINI, « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », Disponible sur www.ohada.com/doctrine; Réf. OHADATA D-07-32. Dernière consultation le 11 décembre 2012.

²³ V. Jean GATSI (Dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2006. Pour l'effectivité dans l'application jurisprudentielle par les juridictions nationales et par la CCJA, V. Mahutodji Jimmy Vital

reconnaître que des améliorations restent nécessaires dans bien des Actes uniformes dont pour certains, tout reste à élaborer : d'où l'intérêt de cette étude.

[10] En faisant un parallèle avec le droit européen²⁴ il ressort qu'une problématique irrésolue jusqu'à ce jour²⁵ continue de préoccuper l'Europe. Une preuve de cet intérêt est fournie par le possible recensement dans l'espace européen de nombreuses tentatives d'harmonisation du droit des contrats précitées²⁶. L'importance du sujet est encore plus avérée à l'échelle continentale de l'Afrique où il a fait l'objet des "tribulations" de nombreux universitaires tant africains²⁷ qu'étrangers²⁸ au Continent. Ces interventions doctrinales cachaient de sérieuses questions sur lesquelles a pu se pencher un colloque scientifique international tenu à Ouagadougou au Burkina Faso en 2007²⁹. Le glas du projet sembla sonné par le colloque de Libreville en 2011 qui s'est éloigné de l'idée d'un

KODO, *L'application des Actes uniformes de l'OHADA*, P.U.R., Louvain, Académia, Bruylant, 2010, 345 pp.

²⁴ Voir les nombreuses références citées par Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2008; Quoique moins récente, on trouvera une liste plus complète dans la thèse de Élise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2006, spéc. note 2.

²⁵ En Afrique, Achille A. NGWANZA confirme également que « le débat sur l'harmonisation du droit des contrats en OHADA n'est pas encore tranché » tout en référant à un Colloque qui porta sur la question à Libreville au Gabon en octobre 2011 par l'ERSUMA. V. Achille A. NGWANZA, Thèse précitée, p. 9, note 40.

²⁶ Projet Lando; Projet Gandolfi; Code Von Bar; Projet Catala en France, les PEDC, CCR, etc.

²⁷ Paul-Gérard POUGOUÉ, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », Disponible sur www.ohada.com/doctrine, référence D-07-41, dernière consultation le 15 juillet 2012; Félix ONANA ÉTOUNDI, « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2005, n° 4, p. 692 et s. Mbissane NGOM, « Propos impertinents sur l'unification du droit général des contrats », Janvier 2011. Disponible sur www.acicol.com, dernière consultation le 15 août 2012.

²⁸ Jacques MESTRE, « Dans la tempête, un nouveau souffle », Revue Lamy Droit Civil, n° 5, décembre 2008, p. 3. Aussi disponible sur www.ohada.com/doctrine; Salvatore MANCUSO, « Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t-il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique? ». Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, organisé par l'ERSUMA du 26 au 28 octobre 2011, Publications de l'ERSUMA, p. 318 et s., spéc., p. 321., avec les nombreuses contributions qu'on y retrouve, etc.

²⁹ Colloque dont les actes sont publiés dans la première et la deuxième parution de la *Revue de droit uniforme* 2008 en numéro spécial. Voir aussi <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/274/programme-colloque-ouagadougou.pdf> pour les détails des thématiques abordés durant le colloque. Consulté le 05-11-2011.

cadre général des contrats et a plutôt poussé la réflexion sur *les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*³⁰. Le droit commun des contrats est resté le parent pauvre de ce colloque qui s'est concentré sur certains types spécifiques de contrats d'affaires³¹. Cette attitude fait suite à certaines critiques émises à l'endroit du rythme soutenu maintenu par le processus d'harmonisation de l'OHADA³².

[11] Le Secrétariat permanent confirma cette impression, entérinant lesdites critiques puisqu'il proposa au Conseil des Ministres en décembre 2011 « une nouvelle politique d'harmonisation de domaines spécifiques au droit de l'activité économique des entreprises »³³ qui pour certains suffit à faire renvoyer aux calendes grecques l'harmonisation d'un cadre général commun des contrats OHADA³⁴. Comme le choix de la compétence matérielle³⁵ de l'OHADA relève du politique et pas du juridique, on est en droit de se demander si ce saut périlleux par-dessus le droit commun des contrats, voire si cette dichotomie législative est faisable et si oui est-elle judicieuse?

[12] Notre étude, approfondissant les questions que posent l'élaboration d'un cadre de référence pour une future harmonisation du droit des contrats OHADA, se base sur un

³⁰ Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, organisé par l'ERSUMA du 26 au 28 octobre 2011, Publications de l'ERSUMA, p.318 et s., spéc., p. 321.

³¹ Tels que le leasing, l'affacturage, la concession, la franchise, le BOT, la joint venture, les PPP, etc.

³² Jacqueline LOHOUES-OBLE par exemple craignait une harmonisation de tout le droit privé général au rythme où avançait l'OHADA.

³³ Félix ONANA ÉTOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des Lois en Afrique », Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires. Pratique professionnelle, n° 1, juin 2012, p. 19.

³⁴ Cette politique a pris corps à travers la Décision n° 003/2009/CM/OHADA portant orientation stratégique quinquennale pour l'harmonisation du droit des affaires durant la période allant de l'année 2010 à 2015 ; Décision dont l'article 2 propose qu'il soit sursis à tout autre projet au profit du renforcement du *corpus juris* qui existe. Attitude avisée et prudente sommes-nous tentés de conclure dans un premier temps. Cependant l'opinion pourrait bien vite changer s'il venait à se confirmer que ce sursis permet dans les coulisses de remettre sur le métier des projets concurrents tel celui de la Fondation pour le droit continental. V. www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_7725/soutien-a-la-redaction-de-lavant-projet-de-lacte-uniforme-du-droit-des-obligations-ohada, consulté le 04 juin 2013.

³⁵ Art. 2 du Traité OHADA.

constat simple. Alors que l'OHADA, une vingtaine d'années après sa création a réalisé une œuvre gigantesque sur la voie de l'intégration juridique en Afrique, cette œuvre se trouve aujourd'hui dans un état de stagnation notoire. D'aucuns pensent à une simple crise d'adolescence³⁶; les pessimistes diront que c'est l'équivalent d'un gouffre juridique béant dont il pourrait être difficile de s'extirper. Pour notre part, la stagnation actuelle est une période de réflexion constructive indispensable pour l'Organisation communautaire africaine. Toujours est-il que les chantiers³⁷ d'harmonisation envisagés et mis en branle par l'OHADA n'avancent plus ou peu³⁸. Au nombre de ces derniers, se trouve celui de l'unification du droit des contrats qui, à notre avis, est le plus important au regard de l'impact qu'il peut avoir sur tout le processus d'unification du droit des affaires en Afrique et la croissance économique.

[13] Comme explication à ce constat de stagnation de l'œuvre d'uniformisation du droit des contrats³⁹ de l'OHADA, les acteurs ont remis en question la pertinence pour l'Afrique, d'une uniformisation de son droit des contrats telle que proposée par le rédacteur de l'Avant-projet, le professeur Marcel Fontaine sur la base des Principes UNIDROIT⁴⁰. À y

³⁶ André Achille NGWANZA, « L'OHADA entre adolescence et âge adulte », ou encore du même auteur « La preuve à l'épreuve. Notes conclusives du Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA », RDAI/IBLJ, N° 3, 2011.

³⁷ Projet d'acte uniforme relatif au droit du travail; au droit de la preuve finalement rattaché au projet d'acte uniforme sur le droit des contrats (AUDC) dont la première mouture date de 2005; Projet relatif au droit de la consommation; au droit bancaire; au droit de la concurrence, etc.

³⁸ Le seul acquis demeure la révision du Traité fondateur en 2008 à Québec, la révision des Actes uniformes sur le droit commercial général et sur les sûretés ainsi que le nouvel Acte uniforme sur les sociétés coopératives nouvellement adopté. En excluant le nouvel Acte uniforme, nous reconnaissons qu'il s'agit d'une œuvre de consolidation du *corpus juris* de l'OHADA et qu'elle est tout autant importante sinon plus que l'élaboration de nouveaux Actes uniformes.

³⁹ V. <http://www.unidroit.org/English/publications/review/articles/2008-1&2/203-215.pdf> pour une présentation d'ensemble de l'avant-projet. Consulté le 05-11-2011.

⁴⁰Institut international pour l'unification du droit privé dont le siège est à la villa Panisperna de Rome en Italie. Organisation intergouvernementale, indépendante, elle a pour objectif la modernisation, l'harmonisation et la coordination du droit du commerce international et plus généralement du droit privé, entre des États, des groupes d'États. Elle procède par l'élaboration d'instruments de droit uniforme, de guides, de principes, de Conventions internationales, de lois-types ou autres modèles de règles. V. www.UNIDROIT.org, dernière consultation, le 28 mai 2013.

voir de près, l'harmonisation *per se* du droit OHADA des contrats n'est pas contestée⁴¹. C'est plutôt la méthode de cette harmonisation, son domaine ainsi que le contenu substantiel de ce droit qui soulèvent l'ire d'une partie de la doctrine⁴².

[14] Il y a donc un consensus général quant à l'objectif de l'harmonisation : le droit des contrats mais pas sur l'étendue matérielle de cette harmonisation encore moins comment elle se fera.

[15] Relativement au domaine, il a été soutenu qu'on assisterait à une « démesure matérielle »⁴³ avec un droit commun des contrats OHADA comme fer de lance de cette « erreur ». Faut-il un droit commun des contrats? Un premier contre-argumentaire retrospectif et pratique se retrouve dans les expériences d'harmonisation du droit des contrats sénégalais⁴⁴ et malien⁴⁵ qui en choisissant de légiférer en droit général des contrats n'ont en rien porté atteinte à l'essence civiliste et/ou africaine de leur droit. Un second contre-argumentaire de droit prospectif découle du fait que les pourfendeurs d'une harmonisation du droit commun des contrats dans l'OHADA ferment les yeux sur les velléités légitimes et originelles d'expansion de l'Organisation aux systèmes africains de common law, Ceci ne peut être éludé et nous conduit à envisager la présente étude dans

⁴¹ Achille A. NGWANZA, Thèse précitée, p. 12 évoque le même constat et cite en soutien de cette nécessité, « une voix autorisée » qui depuis cinq décennies soulignait « l'intérêt général d'élaborer une sorte de droit commun des contrats pour éviter les difficultés pratiques nées de la diversité des législations en même temps que de permettre le développement de la science juridique », tiré de Xavier BLANC-JOUVAN, « Les résistances du droit africain à la modernisation », Actes du colloque de Dakar, 5 - 9 juillet 1977, p. 33.

⁴² Paul-Gérard POUYOUÉ et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Presses Universitaires d'Afrique, 2008, spéc. n° 53 et s. ou encore Jean Yado TOË, « La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA », RDU, 2008, N° 1 et 2, p. 23, spéc. p. 32 et s.

⁴³ P.-G. POUYOUÉ et Y. R. KALIEU ELONGO, *Ibid.*, note 53 et s.

⁴⁴ Le Sénégal a en effet codifié son droit commun des contrats à travers un Code des obligations civiles et commerciales (COCC). Le Code comprend plus de huit cent (800) articles et est subdivisé en quatre parties ayant fait l'objet d'une loi distincte. Le 26 mars 1998 une réforme du COCC a été opérée pour une mise en conformité de ce dernier avec le droit OHADA par le biais de la Loi n° 98-21. Une cohérence législative excellente subsiste dans le système contractuel sénégalais qui est civiliste et qui est conforme en tous points aux normes OHADA. Aucun *clash* dû à cette harmonisation générale des contrats n'est connue à ce jour.

⁴⁵ Le Mali s'est lui aussi inspiré du COCC par une Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations et qui ne désintègre en rien l'assise civiliste du système contractuel malien.

une perspective d'ouverture au *Common Law* quand la nature de la règle ou la particularité du principe l'induit ou le recommande en droit africain des contrats.

[16] Une telle réflexion est menée avec ce penchant parce que le Traité constitutif de l'OHADA⁴⁶ est [...] ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA⁴⁷ et non signataire du traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre État non membre de l'OUA... »⁴⁸. C'est en ces termes que l'article 53 alinéa premier du Traité OHADA énonce la vocation panafricaine de l'OHADA, vocation qui se profilait déjà dès le premier préambule⁴⁹ du Traité précité. Si cette adhésion ne pose pas de sérieux problèmes aux États de tradition civiliste⁵⁰, il en est autrement pour les pays de système *common law*. L'adhésion de plusieurs États de système *common law* à l'OHADA lui donnerait le statut d'organisation plurijuridique⁵¹. L'Avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats semble être à l'heure actuelle le projet connu et le plus prometteur, devant permettre à l'Afrique d'uniformiser son droit des contrats et partant de concrétiser une telle

⁴⁶ Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 et entré en vigueur en 1995. Il a été révisé le 17 octobre 2008 dans la ville de Québec au Canada.

⁴⁷ Organisation de l'Unité Africaine créée le 25 Mai 1963 à Addis Abéba en Ethiopie. Elle « s'est imposée tant en Afrique que dans la vie internationale, comme l'organisation panafricaine et continentale et comme une organisation régionale aux termes du chapitre VIII de la charte des Nations Unies. Elle est la plus connue des organisations africaines ». Maurice GLÈLÈ-AHANHANZO, *Introduction à l'organisation de l'Unité Africaine et aux organisations régionales africaines*, L.G.D.J. 1986, p. 19. Elle est devenue l'Union Africaine.

⁴⁸ Article 53 du Traité OHADA 1993, demeuré inchangé suite à la refonte du Traité en 2008.

⁴⁹ Préambule : 1^{er} considérant : détermination à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'Unité Africaine. 2^{ème} considérant : réaffirmation de l'engagement en faveur de l'institution d'une Communauté Économique Africaine (Plan d'action de Lagos). 3^{ème} considérant : conviction qu'il faut poursuivre l'intégration dans un cadre africain plus large.

⁵⁰ L'adhésion de la République Démocratique du Congo en est la preuve. Le Gouvernement de ce pays avait adopté, en Conseil des Ministres du mardi 4 Août 2009, le projet de loi de ratification du traité OHADA par la R. D. CONGO. L'adhésion a été signée en juin 2012 par le Chef de l'État. Tous les 16 membres actuels de l'OHADA appartiennent au droit romano-germanique. 14 sont d'essence française tandis que 02 sont d'essence espagnole et portugaise. Mentionnons cependant le cas particulier du Cameroun qui est bijuridique, droit civil et *common law* coexistant sur le territoire camerounais.

⁵¹ À notre connaissance il n'existe pas d'organisation supranationale ayant uniformisé le droit de différents états de tradition juridique différente. Cette réalité est effective dans l'espace OHADA mais elle n'est pas institutionnalisée.

possibilité d'avoir un plus large et efficient droit des contrats supportant l'essor d'une communauté d'affaires africaine.

[17] Il semble admis⁵² que le droit des contrats constitue le socle, la charnière de toute activité créatrice de richesses⁵³ et, en cela, son uniformisation constituerait pour l'Afrique un tremplin idéal pour une intégration juridique réussie, préalable à une intégration économique⁵⁴. Il apparaît par ailleurs que certains juristes africains francophones craignent l'impact des Principes Unidroit (PU) à vocation universelle qui conduirait à une perte du fondement civiliste de l'OHADA.

[18] Pour ce qui est de la méthode⁵⁵, on a reproché aussi à l'AUDC d'être resté trop collé aux PU. En effet, dans le contexte de l'Afrique, on a du mal à considérer que des réalités socio-historiques, politiques, économiques, culturelles et normatives permettent de réaliser cette coexistence de plusieurs traditions ou modèles juridiques. C'est l'institutionnalisation de cette coexistence qui se révèle difficile parce que souvent filtrée au prisme des réalités nord-américaines et européennes plutôt que de la considérer intrinsèquement en Afrique. On a donc invoqué à foison, et parfois à tort et à travers, les « spécificités africaines » :

⁵² Le juge Kéba MBAYE, le « père de la réforme OHADA » comme certains ont pu l'appeler avait déjà formulé cette phrase célèbre qui fait bien le lien entre droit et économie de façon générale : « l'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance ». V. aussi Etienne XEREXHE, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale, dans *Revue burkinabé de droit*, n° spécial 39-40, 1999, p. 21 et s. Disponible sur www.ohada.com/doctrine, références D-05-36, consulté le 11 août 2012.

⁵³ Pour la même idée, Voir O. NWABUEZE, « Integration of the Law of Contracts », dans *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa*. Conference held at Ibadan on 24th - 29th 1964, University of Ife, Africana Publishing Corporation, New York et University of Ife Press, Ife-Ife, Nigeria, p. 147 et s.

⁵⁴ Sur ce point, Voir Paul-Gérard POUYOUÉ, « OHADA et intégration économique », dans *Mélanges Georges Walter NGANGO, Dynamiques de développement, Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^e siècle*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 576 et s. ou encore Etienne XEREXHE, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale, *Ibid.* p. 21 et s.

⁵⁵ Défini comme un ensemble de démarches raisonnées, ordonnées et suivies pour parvenir à un résultat. V. Jean-Louis. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 1^{ère} éd. 2001, 408 pp.

concept incertain et rétif à toute saisie définitive⁵⁶ mais dont les contours devront être cernés pour apprécier l'opportunité de leur prise en compte.

[19] De ce qui précède, on est en droit de se questionner quant à la méthode employée pour l'harmonisation. L'éviction des spécificités africaines était-elle effectivement la meilleure option? Une recherche de l'identité contractuelle africaine devrait nous préoccuper et nous conduire inéluctablement à une comparaison avec les référents juridiques des autres systèmes. La volonté inavouée mais constatée de circonscrire la réforme au tréfonds civiliste plutôt que de l'ouvrir à d'autres principes de *common law* pertinent dans le contexte africain n'est-elle pas simplement utopique au regard de la nature réelle de l'Organisation et de sa vocation économique?

[20] Quelle pourrait être ou devrait être l'impact des spécificités africaines sur les principes contractuels à déterminer en droit OHADA des contrats si tant est que ces spécificités existent effectivement?

[21] En ce qui concerne le contenu substantiel, il nous conduit à examiner les sous questions suivantes : Faut-il adopter une approche spéciale ou générale de l'harmonisation? Autrement dit, faut-il penser à harmoniser des contrats spécifiques d'affaires ou commencer en harmonisant le cadre général commun des contrats? Quelles sont les principes contractuels pertinents à analyser et qui doivent former l'armature du droit OHADA des contrats? Qu'est-ce qui les différencie dans le contexte africain? L'apport fondamental se situe dans le traitement de ces questions à la lumière comparée des expériences étrangères d'harmonisation des droits notamment l'exemple européen et celui canadien bijuridique pour améliorer l'œuvre de réforme des contrats de l'OHADA.

⁵⁶ Emmanuel DARANKOUM, « L'avant-projet OHADA sur le droit des contrats : enjeux et perspectives », dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 134 et s., spéc. p. 136 et 137.

[22] La particularité de notre étude réside surtout dans la confrontation du modèle OHADA à l'exemple européen et nord-américain du Canada sur fonds de résurgence des spécificités africaines qui sont omniprésentes. Sur le fond, les principes majeurs du droit des contrats sont analysés dans la perspective d'une cohabitation du système civiliste avec le *common law* et les droits coutumiers africains. Ces droits coutumiers africains lorsque difficilement saisissables sont transcrits à travers les valeurs africaines. Cette lecture croisée et tripartite rend l'analyse de certaines questions classiques⁵⁷ novatrice. Elle justifie également que certaines thématiques ne soient pas abordées⁵⁸ lorsqu'elles ne révélaient aucune particularité nouvelle même en les confrontant aux trois ordres juridiques énoncés précédemment.

[23] Sur la forme, les natures juridiques et les méthodes empruntées par les différents ensembles juridiques considérés⁵⁹ sont révélatrices à plusieurs égards de la justesse ou non des réformes envisagées à travers l'avant-projet d'AUDC. La contribution réside donc dans la comparaison inédite des trois modèles pour une amélioration concrète du modèle OHADA à chaque étape des analyses.

⁵⁷ Par exemple, il est intéressant de faire remarquer ce qui ressort de ce croisement à propos de la nature juridique de l'OHADA qui à notre avis influe assez sur la méthode d'harmonisation à adopter entre autres.

⁵⁸ La capacité en matière contractuelle; les particularités du contrat électronique; les questions de droit international privé spécifiques : sur ce dernier point, des analyses ont cependant porté dans notre thèse sur la loi applicable en matière contractuelle en l'absence de choix des parties, sur le partage de compétence juridictionnelle (conflits possibles de lois ou de juridictions entre les institutions de l'OHADA et les autres institutions communautaires).

⁵⁹ Il s'agit de l'Union européenne, de l'OHADA et du Canada en tant qu'entité fédérale. Pour leur nature juridique, Association d'Etats, Organisation internationale, Organisation supranationale, Fédération, Confédération. V. concernant l'Union européenne, V. Maurice CROISAT, « L'Europe communautaire : une union en quête de fédération », dans Benoît MOORE, (Dir.), *Mélanges Jean-Louis BEAUDOUIN, Défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Québec, Ed. Yvon Blais, 2012, p. 115 et s., spéc. p. 121, 123 ou les développements étayés des affaires Van Gend & Loos et Coستا/Enel, disponibles sur http://eur-lex.europa.eu/fr/editorial/abc_c03_r1.htm, Consulté le 11 août 2012 et qui ont donné l'occasion à la Cour de justice de la CEE de préciser les éléments de la nature juridique de l'Union ; Concernant l'OHADA, Paul-Gérard POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, *Doctrine*. Disponible également en ligne à l'adresse: <http://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/doctrine/article/recueil-de-jurisprudence-de-la>, Consulté le 12 août 2012.

[24] Il est clair que l'œuvre d'uniformisation entreprise par l'OHADA l'est dans une optique de développement du Continent⁶⁰. Fort de cela, la question de recherche centrale de notre étude est : **comment uniformiser le droit des contrats OHADA en intégrant au besoin certaines spécificités africaines, couplées aux leçons des expériences étrangères?**

[25] Trouver des solutions à cette interrogation nous a conduit à partir de l'*a priori* que la cohabitation, la communicabilité des systèmes juridiques⁶¹ en présence et la combinaison harmonieuse des méthodes est meilleure par rapport à une évolution en vase clos. Ensuite, nous émettons l'hypothèse que les principes UNIDROIT constitueraient à l'heure actuelle une des meilleures références pour l'élaboration d'un droit des contrats moderne et adapté à l'environnement juridique et économique international. Cette affirmation part du constat de la pratique du commerce international⁶² qui reconnaît et consacre tel quel les Principes UNIDROIT. Ces Principes présenteraient cependant, dans le contexte africain, de profondes lacunes nécessitant des adaptations et améliorations avant leur éventuelle introduction. Nous vérifierons cette hypothèse en démontrant l'opportunité juridique et économique pour l'OHADA d'intégrer, après adaptation, les Principes dans son corpus juridique.

[26] Les adaptations nécessaires à ces Principes seront proposées pour répondre aux intérêts du commerce africain et si possible à l'identité contractuelle africaine. C'est le cas

⁶⁰ Pour preuve cette citation tirée du site de l'OHADA : <http://www.ohada.org/lohada.html>, consulté le 09 juillet 2012 : « La mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit. Cette exigence constitue pour des pays en développement comme les [pays africains] une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable pour drainer des flux importants d'investissements, car investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé; s'il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable, il n'y a pas beaucoup de chance de susciter l'attrait des investisseurs ».

⁶¹ Jean-Jacques PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », dans *Liber Amicorum Jean Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 131 et s.

⁶² Voir John J. KIRTON (Ed.), *Global trade*, Farnham, England. Burlington, Ashgate, 2009, 542 pp.

du formalisme dans le contrat qui doit prendre en compte le taux élevé d'analphabétisme en Afrique et qui nécessite une adaptation des règles d'UNIDROIT afin de ne pas créer un droit trop savant réservé à une élite et en totale déconnexion avec le commun des justiciables africains. L'informel comme réalité africaine est une donnée qui fait partie de l'identité contractuelle du continent et qui devrait être prise en compte dans l'élaboration du droit des contrats OHADA au même titre que la légendaire valeur de solidarité des africains.

[27] On pourrait aussi mentionner la bonne foi contractuelle, l'importance des usages et des pratiques contractuelles qui sont autant de « spécificités africaines » dont l'étude pourrait conduire à des suggestions de révision profonde des propositions de l'Avant-projet. Dans la continuité de la rivalité des traditions juridiques, nous remonterons aux sources pour nous interroger quant à la pertinence du maintien ou non de la *cause* ou de la *consideration* des contrats dans le futur droit uniforme africain.

[28] Il faut savoir raison garder. En effet, le but de cette thèse n'est pas de construire tout le droit commun des contrats de l'OHADA. Ce serait une entreprise impossible dans le cadre d'une thèse puisqu'elle relève d'une œuvre législative. Nous comptons plus modestement, partir de ce qui existe⁶³ pour proposer des critiques constructives et des améliorations ponctuelles, concrètes et plus contextualisées à l'Afrique.

[29] L'ambition n'est donc pas d'élaborer dans cette thèse un Acte uniforme complet. Nous ne nous limitons pas non plus à une critique de l'Avant-projet Fontaine au demeurant

⁶³Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats élaboré par le professeur Marcel FONTAINE. Disponible sur le site www.unidroit.org/french/legalcooperation/ohada.html. Dernière consultation le 29 mai 2013. Il existe aussi un projet « fantôme » élaboré sur financement de la Fondation de droit continental par des professeurs africains. Bien que nous sachions officieusement que ce projet penche pour instituer l'option d'une loi-type ou loi-modèle et qu'il vise à régir tout le droit des obligations en général incluant donc la responsabilité civile, personne à notre connaissance, à part ses rédacteurs, n'a pu avoir connaissance de son contenu précis pour pouvoir le passer au crible de la critique. Il est tout de même une des sources évoquées à travers cette thèse sur la base des quelques informations que nous avons glanées à son propos notamment sur www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_7725/soutien-a-la-redaction-de-l-avant-projet-de-l-acte-uniforme-du-droit-des-obligations-ohada, dernière consultation le 10 juin 2013.

relégué au second plan par une partie de la communauté juridique et les instances de l'OHADA. En effet, la dynamique de notre thèse est certes impulsée par cet Avant-projet mais elle ne s'y cantonne point.

[30] Quoiqu'on en dise ou en fasse, l'Avant-projet Fontaine demeure pour la postérité intellectuelle africaine et internationale. L'Acte uniforme n'est pas encore adopté et ce faisant, la question de l'harmonisation du droit des contrats devrait se poser dans des termes plus larges et non plus seulement gravitant autour de cet Avant-projet. Il existe, à l'heure actuelle, une interchangeabilité des instruments de cette harmonisation. C'est pour cette raison que plutôt que de nous en tenir à un Acte uniforme des contrats (première option envisagée et, à notre avis, de loin la plus respectueuse de la vocation de l'OHADA), nous proposons un cadre de référence en matière contractuelle pour l'OHADA. Dénommé « cadre de référence OHADA »⁶⁴ en droit des contrats, il nous paraît avoir le mérite de présenter une alternative plus ouverte, plus globalisante et permettant une adaptabilité plus accrue dans le futur en qualité d'instrument au service du législateur communautaire africain de l'OHADA.

[31] Ainsi, nous expliquerons à chaque étape de notre raisonnement, notre penchant pour l'instrument d'un Acte uniforme dans le cadre de l'OHADA. Toutefois, il reste que même en parlant d'Acte uniforme, l'instrument d'une loi-type ou loi-modèle restera possible et selon le cas, la référence sera faite pour baliser le champ des possibles de tout instrument que le législateur pourrait choisir. C'est justement l'une des raisons de la rétention d'un « cadre de référence OHADA » en droit des contrats.

⁶⁴ En écho au CCR européen i.e. le Cadre Commun de Référence (Common Frame of Reference en anglais).

[32] Notre étude se départira également de toute analyse approfondie de théorie ou doctrine du droit du développement⁶⁵ car tout droit concourt au développement. Il s'agit en sus d'un angle d'analyse différent qui justifierait plusieurs autres thèses. Le champ de l'étude mérite encore d'être nuancé au regard de la question de l'harmonisation du droit de la preuve qui fut rattachée au projet d'AUDC. Nous n'en ferons pas le cœur de nos développements.

[33] Véritable sésame de conflits complexes, les rapports entre l'avant-projet d'AUDC et les autres Actes uniformes existants ne connaîtront pas des développements complets même s'ils soustendront régulièrement certaines analyses.

[34] En termes de méthodologie, nous adopterons surtout l'approche comparatiste. Comme l'affirmait Laurence Idot en parlant des rapports entre droit communautaire et droit comparé, il s'agit d'une « rencontre indispensable »⁶⁶. Quand on sait que nos travaux évoluent dans le cadre du droit communautaire africain, tout essai de justification peut aisément se révéler superflu. En effet, l'harmonisation du droit des contrats est une thématique qui ne cesse de faire couler beaucoup d'encre un peu partout comme en témoignent les nombreuses références antérieures faites aux travaux en Europe et ailleurs et qui nécessitent d'adopter une approche comparative. Droit communautaire des contrats et droit comparé se nourrissent mutuellement et nos développements ne peuvent faire fi de cette réalité. La question du bijuridisme et du plurijuridisme en particulier fait appel à la

⁶⁵ V. Asif H. QURESHI et Xuan GAO (Eds.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law*, Vol. V, *International Development Law*, Routledge, London and New York, 2011. Spécifiquement, la première partie comprenant deux articles édifiants de Daniel D. BRADLOW, « Differing conceptions of development and the content of international development law », p. 1 et s. et Amyrtya SEN, « The ends and the means of development », p. 57 et s.

⁶⁶ Laurence IDOT, « Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable », dans *de tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, p. 281. L'auteure démontre que « le droit communautaire ne peut plus se passer du droit comparé et à l'inverse, le droit comparé est enrichi par les nouvelles perspectives ouvertes par le développement des ensembles régionaux intégrés ». L'OHADA est d'ailleurs cité à titre d'exemple par l'auteur.

comparaison de deux ou plusieurs systèmes juridiques ce qui place bien notre étude sous un angle incontournable de droit comparé.

[35] Plus précisément, par le biais du droit comparé le contenu de règles contractuelles étrangères sera analysé et rapproché comparativement des réalités africaines pour faire ressortir l'intérêt de particulariser ou, le cas échéant, les avantages qu'il y aurait à retenir ou écarter tel principe plutôt que tel autre.

[36] Il sera sûrement utile de savoir que la légistique⁶⁷ sera aussi un outil d'analyse en tant que :

« Science de la préparation et de la gestion des normes qui : [...] tend à déterminer des règles de rédaction des textes qui favorisent leur interprétation, leur combinaison et leur codification; [...] cherche aussi à standardiser les formules pour l'informatisation; elle se penche enfin sur les modalités d'application pour lever les incertitudes et sur l'ensemble de l'ordonnancement pour le rationaliser »⁶⁸.

[37] Nous reprenons par ailleurs les propos de Bernard BEIGNIER qui faisait « observer, en premier, que c'est une vue bien éthérée du droit que de le vouloir « pur » (comme l'absinthe?). La vocation du droit étant, entre autres, de parvenir à résoudre les contradictions d'une société qui en connaît comme chaque individu a les siennes, il est à l'image de la nation qui s'en fait loi »⁶⁹. En ce sens, l'approche sera d'abord *analytique*. Elle permettra un « *décryptage* » des dispositions législatives OHADA, française et canadienne dans leurs moindres détails. Ensuite elle sera *synthétique*. Clairement, outre

⁶⁷ Richard TREMBLAY, *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Yvon Blais, Cowansville, 2010 ou encore pour suivre le passage ou comprendre les différences entre la codification à proprement parler et la légistique, Alexandre FLÜCKIGER et Jean-Daniel DELLEY, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », dans Christine CHAPPUIS et al. *Le législateur et le droit privé*, Colloque en l'honneur du Professeur Gilles PETIT-PIERRE, Genève, Schulthess, 2006

⁶⁸ Voir Céline WIENER, *Crise et science de la législation en France, La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 89. Les premiers travaux à ce sujet remontent à Jeremy BENTHAM dans *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, 1^{ère} publication.

⁶⁹ Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1995, « Avant-propos », p. 3.

l'analyse systémique, c'est à l'appui de la philosophie⁷⁰, la sociologie⁷¹, la rhétorique juridique⁷², outils d'analyse parmi tant d'autres⁷³, que cette réflexion sera menée.

[38] L'analyse économique du droit (AED)⁷⁴ et spécifiquement certaines études de l'impact du droit des contrats sur l'économie est une méthode à laquelle nous ferons appel en cas de besoin au regard de ses finalités⁷⁵. Elle a l'avantage de nous obliger à adopter une approche dynamique⁷⁶, critique⁷⁷ et aussi prédictive⁷⁸ de la règle de droit et des institutions juridiques l'encadrant.

[39] Alors que le constat de la stagnation du processus d'uniformisation du droit OHADA des contrats est flagrant, il est impossible d'identifier les solutions idoines si les enjeux de cette stagnation ne sont pas cernés. Comprendre les vrais enjeux juridiques de la question

⁷⁰ V. Bruno. OPPÉTIT, *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, 1999, 156 p; Michel. VIVANT, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, PUF, 1995 ; François. TERRE, « *les juristes et la philosophie du droit* », Archi. Phil. Dr., t.33, Sirey, 1988.p.7 et s.

⁷¹ V. Jean. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e, éd., 1998, 494.p

⁷² Sur la notion V. Anne-Marie. FRISON-ROCHE, « *la rhétorique juridique* », HERMES, 1995-16, pp.73-83.

⁷³ L'anthropologie du droit notamment. Il ne faudrait cependant pas y voir une ignorance de l'apport de la doctrine encore moins l'effacement de l'analyse positiviste.

⁷⁴ Richard A., POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th edition, Boston, 2003, MA; Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Les Éditions Thémis, 2^{ième} éd., 2008 pour une contextualisation aux pays et règles de tradition juridique civiliste.

⁷⁵ Le besoin se fera sentir puisque « l'analyse économique du droit a pour objet de mesurer l'efficacité des règles de droit, principalement en terme de coûts », dans Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 4^e éd., p. 83. Sous un angle plus intéressant pour nos analyses, Bruno OPPÉTIT retient que l'analyse économique du droit fournit au juriste une méthode destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques » et c'est cette vision dynamique du droit que nous envisageons en matière contractuelle. V. Bruno OPPÉTIT, « Droit et économie », *Archive de philosophie du droit*, Vol 37, pp. 17 - 26, spéc. p. 23.

⁷⁶ Prenant en compte les acquis antérieurs d'une règle, son passé et évolution future également. Prêt à s'ouvrir et à intégrer les avantages d'autres types de juridicités et autres sciences sociales dans leurs rapports avec la règle juridique.

⁷⁷ Elle nous donne les éléments d'analyse pour constater et présenter les failles d'une loi, quels peuvent en être les effets non attendus ou choisir quel type de loi serait plus approprié à l'environnement africain.

⁷⁸ L'Analyse Economique du Droit (AED) constituera un outil d'analyse pour déterminer les principales conséquences de la réforme de l'AUDC et les meilleures institutions capables de favoriser les objectifs visés par le législateur. Comme le disait Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans Bruno DEFFAINS (Dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, 11-35, « le juriste raisonne en apparence sur le passé et l'économiste, sur l'avenir [...] ». L'usage de l'AED permettra de cumuler les avantages du droit et de l'économie.

permettrait à coup sûr de mieux orienter cette harmonisation. C'est une fois cette étape bouclée que l'on peut réellement penser à proposer un contenu substantiel à ce futur droit OHADA des contrats. En réalité, il s'agira plus de poser les jalons permettant de délimiter les contours d'un cadre contractuel de référence en droit OHADA. Ce cadre devrait faire consensus et servir de fer de lance et de référence en la matière. Ces propositions visant l'instauration d'un CCR OHADA ne peuvent à notre avis se justifier qu'en passant le test de la confrontation à ce qui existe pour en apprécier la pertinence et l'efficacité. Cette logique nous a conduit à proposer une première partie relative aux enjeux d'un cadre de référence OHADA en droit des contrats. Cette PREMIÈRE PARTIE est suivie d'une SECONDE PARTIE⁷⁹ portant sur la délimitation matérielle du cadre de référence OHADA.

⁷⁹ Sur la nécessité d'un plan en deux parties on consultera utilement Michel VAILLANT, « Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle », in Mélanges CATALA, Paris, Litec, 2001, p. 969 et s. L'auteur justement ne trouve aucune justification à l'exigence du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises; pour lui il s'agirait d'un usage commun passé en règle où le juriste se fait arpenteur.

PREMIÈRE PARTIE : Les enjeux de l'élaboration d'un cadre de référence OHADA

[40] Au-delà des objectifs généraux de l'OHADA, quels sont les enjeux stratégiques de l'élaboration d'un corpus OHADA des contrats? À cette question, nous ne prétendons pas pouvoir apporter toutes les réponses⁸⁰ mais consacrerons plutôt des développements à certaines⁸¹. Les enjeux dont nous ne débattons pas exhaustivement sont en général relatifs à la portée politique (au-delà de la portée juridique) de ce choix d'harmonisation du droit des contrats. Il y a aussi tous les développements relatifs à la question de l'uniformisation du droit des contrats qui serait un gage du développement du continent africain notamment les théories du droit comme facteur du développement.

[41] Comme tout projet, l'uniformisation du droit des contrats de l'OHADA exige d'être effectuée suivant un mode et une méthode appropriés. Traitant en général de la méthode d'extension du champ matériel de l'OHADA et craignant une « démesure » qui prendrait déjà corps à travers une « uniformisation à double vitesse », les professeurs Pougoué et Kalieu Elongo⁸² avancent l'idée selon laquelle on ne saurait « aborder le problème de [l']harmonisation de la même manière pour les matières » de la première génération⁸³ que pour celles de la seconde. Énumérant le droit des contrats au nombre de ces matières de seconde génération, ils ont retenu des raisons justifiant l'harmonisation des premières et

⁸⁰ V. Asif H. QURESHI et Xuan GAO (Eds.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law*. Vol. V *International Development Law*, *Op. Cit.*, spec. p. 1 et s. et p. 57 et s.

⁸¹ Plutôt que de tenter une énumération au risque d'en oublier ici certains, les questions choisies seront développées plus loin dans notre thèse.

⁸² Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, Cameroun, 2008, p. 80, 81.

⁸³ Les matières de première génération sont celles réglementées à l'origine c'est-à-dire ayant fait l'objet de la première vague des Actes uniformes. Les secondes sont celles issues de l'extension par le Conseil des Ministres et dont l'œuvre d'harmonisation est récente ou en cours. Ces auteurs énumèrent au nombre de cette deuxième vague le droit des contrats, le droit de la preuve, le droit bancaire, le droit de la concurrence, le droit des sociétés civiles.

pas des secondes. C'est en réalité tout le contraire. À notre avis, leur argumentaire conforte aussi le besoin d'uniformiser le droit des contrats. En effet, pour contester la légitimité de l'uniformisation identique de ces matières dites de ``seconde génération`` avec celles de ``première génération``, ils ont énuméré des caractéristiques communes à chaque catégorie. Au niveau des matières réglementées à l'origine, ce sont pour ces auteurs des « matières anciennement régies par des codes », ce qui incontestablement est aussi le cas du droit des contrats (code civil) comme du droit des sûretés (code civil) ou du droit commercial général (code de commerce) ou encore des voies d'exécution (code de procédure civile).

[42] Ensuite, pour ces mêmes auteurs, ces matières sont « marquées par la tradition civiliste et [...] la source législative est prédominante » : c'est sans nul doute le cas du droit des contrats des pays africains membres de l'OHADA ayant pour la plupart conservé le Code Napoléon⁸⁴ aux lendemains de leurs indépendances. Ces codes proviennent tous de la loi telle que conçue dans les systèmes civilistes d'inspiration romano-germanique. Ils étaient la source législative censée régir les activités contractuelles, même si dans les faits les coutumes étaient encore très suivies par la population majoritairement illettrée. Enfin les auteurs mentionnent une dernière caractéristique, « l'une des plus importantes [...] pour toutes ces matières » de la première génération qui est « la vétusté et l'inadaptation des dispositions existantes, héritage colonial sauf quelques exceptions ». Nous aurons l'occasion de le démontrer sous peu⁸⁵, mais le consensus doctrinal est unanime quant à la vétusté du droit contractuel africain des pays membres de l'OHADA qui, à quelques rares exceptions⁸⁶ près, n'ont pas fait peau neuve depuis les réformes des indépendances⁸⁷.

⁸⁴ Promulgué le 20 mars 1804 (30 Ventôse an XII) par Napoléon BONAPARTE, il reprenait une bonne partie de la coutume de Paris et comprenait à l'origine 2281 articles. Il fut reproduit quasi *in extenso* dans toutes les colonies françaises par la suite et maintenues avec quelques aménagements après leurs indépendances dans les années 60. Source : www.wikipedia.fr, V. Code Napoléon, Consulté le 22/04/2012.

⁸⁵ Voir infra Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B-.

⁸⁶ Les États ayant réformé leur droit contractuel dans le temps sont au nombre de quatre. La Guinée avec l'ordonnance n° 119 du 17 mai 1985 suivi de l'arrêt n° 5745 du 13 juin 1985. Le Mali avec la Loi n° 86/13

Ainsi, sur la base des caractéristiques et critères propres à ces auteurs, nous n'identifions aucune raison justifiée de procéder à une uniformisation du droit des contrats drastiquement différente de celle qui s'est faite pour le droit commercial général⁸⁸ ou encore le droit des sûretés⁸⁹ pour ne citer que ces matières là. Aucune raison non plus de procéder autrement que ce qui est prévu actuellement pour les actes uniformes futurs de l'OHADA⁹⁰.

[43] L'une des seules caractéristiques que le droit des contrats partage avec les matières du second bloc serait la difficulté à déterminer son contenu ou son domaine exact comme l'ont mentionné les professeurs Pougoué et Kalieu Elongo⁹¹. Par ailleurs, le droit des contrats et le droit de la preuve⁹² ne font partie *stricto sensu* ni du droit commun des affaires (premier bloc selon les auteurs) ni du droit spécial des affaires (second bloc). Cette

du 21 mars 1986. Le Sénégal par le biais de la Loi n° 85/40 du 29 juillet 1985 et enfin Madagascar sous le couvert de l'ordonnance n° 78/006 du 1^{er} mai 1978 qui portait le titre évocateur de Charte des entreprises socialistes.

⁸⁷ Les États ci-après ont opéré des réformes mais pas toujours en matière contractuelle et le plus souvent, lorsque le droit des contrats était inclus, la réforme n'était qu'une simple copie avec quelques aménagements du texte français de l'époque. Ce fut le cas de la Côte d'Ivoire avec la Loi n° 83/789 du 02 août 1983. Du Gabon avec la Loi n° 13/69 du 31 décembre 1969; la Loi n° 10/73 du 20 décembre 1973 et la Loi n° 12/79 du 28 mars 1979; la Loi n° 1/84 du 31 mars 1984; la Loi n° 0/86 du 04 août 1986. Le Niger a introduit le 19 juin 1980 l'ordonnance n° 80/15 alors que le Congo avait procédé de la même façon avec l'ordonnance n° 62/62 du 16 octobre 1962.

⁸⁸ Le Conseil des Ministres de l'OHADA; Vu le Traité OHADA, signé à Port Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008, notamment en ses articles 2, 5 à 10 et 12 ; Vu le rapport du Secrétariat Permanent et les observations des États Parties ; Vu l'avis N° 002/2010 en date du 03 août 2010 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ; Après en avoir délibéré, a adopté le 15 décembre 2010, à l'unanimité des États Parties présents et votants le nouvel Acte uniforme révisé en 2008 et portant sur le droit commercial général. Cet Acte est destiné à établir les règles générales s'appliquant au contrat de vente de marchandises.

⁸⁹ Révisé en 2008 à Québec et adopté également le 15 déc. 2010 il régit les règles générales s'appliquant aux sûretés qu'elles soient civiles comme commerciales sans distinction.

⁹⁰ Certaines des raisons s'appliquent par contre pour des matières tels que le droit bancaire, le droit de la concurrence et justifieraient de la circonspection à propos de leur uniformisation (relevant plus du droit public économique et nécessitant un rôle accru de l'État). D'autres raisons sont à relativiser : c'est le cas du droit bancaire et du droit de la concurrence qui auraient déjà fait l'objet d'une législation au niveau sous-régional. Rappelons que c'était aussi le cas du droit comptable et que ceci n'a pas empêché que ce domaine soit harmonisé avec succès par l'OHADA.

⁹¹ *Op.cit.* p. 10.

⁹² Objet au départ d'un acte uniforme distinct, le droit de la preuve est actuellement projeté comme devant être harmonisé avec le droit des contrats, confirmant le besoin de procéder à une harmonisation globale du droit des contrats.

réalité ayant été reconnue par ces auteurs⁹³, il n'y aurait donc aucun obstacle dirimant à justifier que le droit des contrats fasse partie des domaines à uniformiser par le législateur de l'OHADA.

[44] Au demeurant, toutes ces tribulations ne sont pas si pertinentes puisque le droit des contrats fait déjà partie intégrante des matières à harmoniser par l'OHADA à partir du moment où conformément à l'article 2⁹⁴ du Traité OHADA, le Conseil des Ministres de l'OHADA a procédé au cours d'une réunion à Bangui (Centrafrique) en mars 2001⁹⁵, à l'extension du champ matériel de l'uniformisation en l'y incluant. Il n'y a donc pas lieu d'éterniser les débats sur l'opportunité d'une uniformisation du droit des contrats mais plutôt sur *comment procéder* à une telle uniformisation afin de servir les objectifs de l'OHADA. Lorsqu'on exclut partiellement⁹⁶ donc la question de l'opportunité de l'uniformisation, on se rend compte que les principaux enjeux théoriques préalables à cette élaboration gravitent autour de la problématique des modalités du processus d'élaboration. Même si le désir exprimé de se référer aux Principes UNIDROIT était indiscutable, l'équation demeure entière de savoir en termes de choix africain quelle direction maintenir à la base? Suivre l'option finale des Principes d'établir un consensus entre les deux systèmes juridiques pour un commerce international plus efficace; en l'espèce un

⁹³Paul-Gérard POUGOUE et Yvette KALIEU ELONGO, *Op. cit.* p. 10, note 108.

⁹⁴ Art. 2 du Traité OHADA : « Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8. ».

⁹⁵ Il s'agit de la décision 002/2001/CM du Conseil des ministres de l'OHADA.

⁹⁶ Seule la question de l'opportunité politique et législative de l'uniformisation est en réalité exclue de nos développements. Les opportunités juridiques et économiques sont développées plus loin à travers les avantages juridiques et économiques du modèle et de la méthode choisis. Pour des détails sur l'intérêt pratique de l'uniformisation, V. René DAVID, *Cours de droit privé comparé*, Les cours de droit, 1967-1968, p. 21 et s., spéc. p. 48. L'auteur retient un intérêt pratique à l'échelle internationale et régionale de même que pour l'évolution du droit. Il cite en soutien l'exemple d'un *jus commune* qui avait existé en Europe avant l'ère des codifications sans porter atteinte aux souverainetés nationales, V. p. 49.

commerce africain plus développé? Ou garder le substrat⁹⁷ civiliste mais vétuste de nos droits africains quitte à simplement les moderniser? Que prendre et que laisser puisque les Principes coupent en deux la poire des systèmes juridiques de *common law* et de droit civil. Ils empruntent à l'un comme à l'autre et rejettent des éléments de l'un comme de l'autre système. Quelle place pour la coutume dans l'élaboration de ce droit commun des contrats?

[45] Une fois que les questions de méthode et étendue du processus d'élaboration seront clarifiées (**Titre 1^{er}**), il faudra déterminer ce qui constituera le socle de ce futur droit des contrats. Un choix d'orientations théoriques fondamentales pour une réelle construction africaine de ce futur droit des contrats s'imposera à la suite (**Titre 2**).

⁹⁷ Kéba MBAYE dans une apologie pour l'unification des systèmes juridiques africains parlait de « substratum, un fond commun constitué par un contenu, une origine, un esprit, une finalité », dans Kéba MBAYE, « L'unification du droit en Afrique », Rev. Sen. De droit, 1971, pp. 65 à 81.

TITRE 1^{ER} : Les modalités d'élaboration

[46] Décider de l'uniformisation du droit des contrats est une chose, réussir à déterminer les modalités appropriées pour son élaboration en est une autre. Le Conseil des Ministres a tout de même le mérite de révéler la volonté des décideurs africains de ne pas rechercher une « synthèse aveugle » de la multitude de droits hérités du colonisateur dans chacun des dix-sept (17) États parties, tout en insistant sur la nécessité de respecter le *fonds commun contractuel africain*⁹⁸. On peut déduire cette affirmation des termes utilisés par le Conseil des Ministres durant les contacts avec le groupe de recherche : il parle de « s'inspirer des Principes [...] en respectant [...] »⁹⁹. Il faut donc dans une certaine mesure déterminer entre ces Principes UNIDROIT et ce *fonds commun*¹⁰⁰ *contractuel africain*, la méthode adéquate à appliquer en matière contractuelle afin d'atteindre les objectifs du projet d'uniformisation. Le fonds commun¹⁰¹ contractuel africain est tout de même très différent

⁹⁸ Par *fonds commun* nous entendons, un ensemble de règles générales proposées principalement au juge sans s'imposer à lui, dans lequel il peut puiser à sa convenance. Voir. Charlotte GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit privé, tome 509, p. 350. Dans le contexte africain, ce *fonds commun contractuel africain* est un ensemble cohérent de pratiques contractuelles observées par les acteurs d'un secteur et que le juge ou même l'arbitre devrait suivre en les adaptant aux faits en cause. Il est constitué par les spécificités africaines (Voir plus loin, la 1^{ière} partie/ titre 2/ chapitre 1/ Section 1) auxquelles se combinent les principes phares ou piliers théoriques du droit des contrats adaptés à l'usage spécifique du contrat en Afrique (Voir plus loin, la 1^{ière} partie/ titre 2/ chapitre 2 complet). On y retrouve également certains pans de droit matériel des contrats revêtant un caractère particulier dans le contexte africain. Voir Seconde partie/ titre 1^{er}/ chapitre 1 et chapitre 2.

⁹⁹ Voir la lettre adressée par le Secrétariat Permanent au Conseil de Direction d'UNIDROIT et qui reprenait les seules directives ou termes de référence du Conseil des ministres consistant à demander au secrétariat permanent de l'OHADA de se rapprocher d'UNIDROIT qui s'inspirerait de ses Principes

¹⁰⁰ L'expression de fonds commun a déjà été utilisée dans d'autres domaines du droit par de nombreux autres auteurs. Voir Gérard CORNU, *Cours de droit civil*, Licence, 2^{ième} année, 1972-1973, Les cours de droit, 1973, p. 301; C. DESBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun? », dans *Mélanges René CHAPUS*, Montchrestien, 1992, p. 127, cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, *Ibid.*, note 98.

Depuis 1926 par exemple, le doyen L. TROTABAS, « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », DH 1926, Chron. 29, spéc. p. 32 utilisait déjà l'expression « fonds commun juridique » pour parler du droit civil (citant en cela G. RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, Paris, 1925, p. 321).

¹⁰¹ Le prof. Marcel FONTAINE a déjà utilisé l'expression de fonds commun des systèmes juridiques comme substrat et justification des initiatives de codification harmonisée du droit transnational des contrats. V.

du droit commun des contrats. Le dernier est l'état du droit positif contractuel dans chacun des états membres ou non de l'OHADA. Le premier, sans force contraignante réelle, se veut persuasif et plus proche de la réalité des justiciables. Pour les distinguer, on retiendra que le droit commun des contrats n'est pas le fruit d'une construction doctrinale mais essentiellement législative et accessoirement jurisprudentielle. Le fonds commun contractuel n'est pas non plus doctrinal à l'origine, mais sa systématisation nécessite un appel à la doctrine. L'autre principale différence est la « sanctification » étatique du droit commun qui fait défaut au fonds commun contractuel. Par conséquent, le droit commun a une valeur normative contraignante ce qui n'est manifestement pas le cas du fonds commun contractuel. Jean Carbonnier¹⁰² a pu affirmer qu'il s'agissait d'une « raison théorique ». Il entendait par là un ensemble de règles dépourvues de valeur normative, qui ne contraignent pas le juge. Cette raison théorique devient ensuite avec la clarification de ses composantes et la tentative d'articulation qui la suivra, une vraie « ratio scripta (raison écrite) » du droit des contrats africain. La valeur de cette raison écrite sera fonction du caractère raisonnable, simple, clair et effectif des règles la composant. Elle n'aura d'autre autorité que celle que lui attribueront les acteurs africains du commerce qui agiront selon les normes de la société africaine raisonnablement reconnues¹⁰³.

[47] La détermination de la méthode appropriée au continent africain se fera en faisant ressortir les opportunités qu'il y a à se référer aux Principes UNIDROIT tout en n'occultant pas certaines réalités contextuelles. En termes plus spécifiques, une étape primaire (**Chapitre 1^{er}**) nous permettra de faire des développements critiques, relatifs à la

Marcel FONTAINE, « *Ius commune et harmonisation du droit des contrats* », dans *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, A. WIJFFELS ed., Bruylant 2005, p. 75, spéc. p. 81.

¹⁰² Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^{ème} éd., PUF, Paris, 2000, n° 3, p. 18 et s.

¹⁰³ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XXVI, 5^{ème} édition, Tarlier, 1827, cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, *Thèse précitée*, note 98, p. 352. Pour MERLIN, « on entend par ces termes la disposition d'une loi qui n'a point d'autorité coactive dans le pays où on l'invoque, et qui n'y doit par conséquent être suivie qu'autant qu'elle est conforme aux principes généraux et à la saine raison ».

méthode choisie par le Conseil des Ministres pour l'élaboration du droit OHADA des contrats. Dans cette partie nous répondrons aux interrogations : Pourquoi à la base ce choix des Principes UNIDROIT? N'y avait-il pas d'autres options? Et si oui lesquelles? Pourquoi ne furent-elles pas retenues? Peuvent-elles encore l'être et si oui comment? Il ressort de cette interrogation toute la pertinence de la proposition d'un CCR OHADA.

[48] Les Principes dans leur destination première qui est le droit du commerce international satisfont-ils l'ambition d'un droit interne des contrats? Quels sont les risques ou inconvénients inhérents au choix des Principes UNIDROIT? Dans une seconde étape, nous élaborerons au sujet d'autres interrogations légitimes telles que celles de l'étendue des matières devant faire l'objet de l'harmonisation (**Chapitre 2**). En effet, devrait-il s'agir d'une théorie générale ou droit commun général des contrats ou d'une théorie des contrats spéciaux ou droit commun spécial des contrats? Ou encore d'une uniformisation du régime juridique de certains contrats spécifiques d'affaires¹⁰⁴? Cette harmonisation doit-elle prévoir des règles régissant les rapports contractuels entre les professionnels et les non professionnels¹⁰⁵ notamment les consommateurs des États africains? Doit-elle simplement s'arrêter à l'adjonction ultérieure du droit de la preuve¹⁰⁶ qui a été faite par le Conseils des ministres? Dans un autre sens mais toujours quant à l'étendue de l'uniformisation à opérer,

¹⁰⁴ L'idée ici serait de déterminer des contrats commerciaux spécifiques mais en lien direct avec le droit des affaires. Limitativement énumérés, ils feraient l'objet chacun d'un Acte uniforme ou le cas échéant en fonction de l'évolution de l'Organisation, d'une loi-type modèle spécifique à adresser aux Etats membres.. Dans ce sens il peut s'agir du contrat de franchise, le contrat de commission exclusive, les contrats de distribution et ceux relatifs à la production, etc. Voir à ce sujet, Paul-Gérard POUYOUÉ, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », spécifiquement p. 6 et s., Disponible sur www.ohada.com/doctrine, référence D-07-41, dernière consultation le 22 avril 2010.

¹⁰⁵ Contrairement à une certaine tendance de la doctrine, nous assimilerons non-professionnel et consommateur dans nos écrits. Pour une étude sur la distinction entre les deux concepts et surtout la caractérisation de la notion de non-professionnel et de ce qui devrait être son bon usage selon l'auteur, V. Gilles PAISANT, « Retour sur la notion de non-professionnel », dans Xavier HENRY (Dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, p. 231 et s., spéc. p. 233 et 237.

¹⁰⁶ Le Conseil des Ministres a en effet fusionné l'avant-projet en matière de preuve avec l'harmonisation du droit des contrats durant sa réunion de juillet 2007 à Niamey au Niger. Cette fusion fait suite entre autres aux recommandations de certaines commissions nationales OHADA particulièrement celle du Cameroun.

une des questions épineuses est celle de savoir s'il faut élaborer ce droit africain¹⁰⁷ des contrats en considérant les deux systèmes juridiques pris en compte par les Principes UNIDROIT? Autrement dit, faut-il créer une porte d'entrée aux principes de *common law* et par conséquent aux États africains de tradition juridique *common law*?

¹⁰⁷ Sur la notion de droit africain, V. Kéba MBAYE, « Le droit africain, ses voies et ses vertus », *Revue sénégalaise de droit*, Mars 1970, p. 5 et s., spec. p. 6 et 7.

CHAPITRE 1 : La méthode de conception

« L’Afrique ne devrait prendre de l’Occident que “le moindre et le meilleur”. Le moindre, c’est le savoir le plus strict, le plus dépouillé, le plus proche de la raison, celui qui laisserait dans l’entendement des Africains sa place entière à leur propre [...]. Ainsi restreint, ce savoir est ce qu’il y a de meilleur dans le patrimoine intellectuel du genre humain », Cheikh Hamidou Kane¹⁰⁸

[50] La problématique qui revient ici est celle des procédés idoines à considérer. À ce sujet, une vue parcellaire permettrait de répondre simplement que le Conseil des Ministres de l’OHADA avait unanimement¹⁰⁹ décidé de l’uniformisation du droit des contrats et a accompagné cette décision du choix d’UNIDROIT, modèle purement occidental, comme institution à contacter pour la rédaction de l’Avant-projet y consacré. La réponse simpliste qui suivrait serait qu’il suffirait de codifier les Principes UNIDROIT en Afrique et le tour serait joué! Heureusement qu’il existe encore des écrits d’ânés africains tel que Cheikh Hamidou Kane¹¹⁰ pour nous rappeler à l’ordre parfois.

[51] Il n’était pas surprenant d’entendre que codifier dans le contexte africain revient à “recopier” la norme étrangère supérieure notamment celle de la puissance colonisatrice ou de l’institution internationale concernée. On voyait par là, sûrement comme le rapportait Michel Alliot, les droits africains avec « la condescendance que les gens de rang supérieur

¹⁰⁸HAMIDOU KANE Cheikh, *Les gardiens du temple*, 1997, Ed. Stock, 337 pp.

¹⁰⁹ L’unanimité ici est une exigence de l’article 2 du Traité fondateur de l’OHADA qui prévoit que toute autre matière peut être incluse dans le champ d’uniformisation de l’OHADA sur décision unanime du Conseil des Ministres.

¹¹⁰ HAMIDOU KANE Cheikh, *Ibid.*

accordent aux gens de moindre rang »¹¹¹. On peut penser que la pratique date d'antan et serait par conséquent imputable à la période coloniale uniquement mais elle perdure toujours en fonction des lieux et des moments¹¹². Mais que devrait vraiment revêtir pour le législateur africain l'expression « codifier »?

[52] Selon le dictionnaire¹¹³, codifier signifie « 1° Réunir des dispositions légales en un code. 2° Rendre rationnel, ériger en système organisé ». À notre humble avis, codifier (en Afrique) ne peut aucunement permettre de rendre rationnel les dispositions coutumières de l'époque puisqu'elles l'étaient intrinsèquement. Leur rationalité originelle permettait de régir en toute simplicité, efficacité et cohérence les faits sociaux de l'époque. Le système existant était déjà bien organisé et c'est plutôt le colonisateur qui a entraîné sa déliquescence du fait des contradictions qu'il y a introduites. Codifier dans l'Afrique d'antan reviendrait donc à rassembler sous forme de compilation écrite (code de nos jours) les coutumes régissant un domaine donné pour qu'on puisse s'y référer au besoin à condition que cette compilation soit régulièrement mise à jour pour se conformer au caractère évolutif des coutumes et pratiques en Afrique¹¹⁴.

[53] De façon concrète, codifier de nos jours en Afrique c'est faire la part entre les nombreuses lois modernes étrangères sans cesse déferlantes, les pratiques et/ou spécificités qui singularisent l'Afrique dans le domaine visé et les intérêts du continent afin de réussir à

¹¹¹ M. ALLIOT, « Ce que repenser les droits africains veut dire », dans *À la recherche du droit africain du XXI^{ème} siècle*, Éditions Connaissances et Savoir, 2005, p. 26.

¹¹² C'était le cas aux lendemains des indépendances. Voir les législations des pays francophones membres actuels de l'OHADA à la fin de l'année 1960, début 1961. On retrouvait la copie souvent *in extenso* du Code civil français dans sa version des années soixante au mieux sinon de 1804-1805 au pire. Le code de commerce de 1807 revenait dans tous les corpus juridiques nationaux desdits États. Le code français de procédure civile et commerciale était aussi recopié, etc. De nos jours, c'est malheureusement toujours le cas en Afrique plus d'un demi-siècle plus tard. Encore tout récemment on pouvait citer le cas du droit communautaire OHADA pour ce qui concerne l'Acte uniforme sur les sûretés qui a justement fait l'objet d'une refonte récente en avril 2011.

¹¹³ Voir le *Nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, 2010, Coll. Le Robert.

¹¹⁴ Pour des développements subséquents voir Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1995.

les canaliser dans un seul texte. Notre définition semble bien corroborée par cette opinion du Doyen Bernard BEIGNIER qui, parlant de l'œuvre napoléonienne, affirme qu'elle « fut, plus qu'on [en] *sic* le croit, une codification « à droit constant ». De fait poursuit-il, que loue-t-on le plus ordinairement dans le célèbre discours préliminaire de Portalis si ce n'est la transaction entre le droit coutumier et le droit écrit? »¹¹⁵ (nos soulignements). Cet extrait fait ressortir le fait que les premières codifications en France avait un but similaire à celui que nous relevons à propos de l'Afrique notamment transiger entre les coutumes et le besoin d'écrit. Dans la réalité ce ne fut pas le cas en Afrique puisque les textes français étaient purement et simplement transposés directement sans tenir compte des coutumes en place. En ce sens, le Conseil des Ministres aurait simplement pu créer le cadre juridique et institutionnel adéquat pour la formation par le Secrétariat Permanent d'un groupe de travail mixte composé de l'expert désigné par UNIDROIT (et son équipe) à qui on associerait les spécialistes africains¹¹⁶ de la matière en charge de rapporter autant que possible les spécificités africaines, l'essence des valeurs contractuelles africaines. La critique est valable même si des consultations sous forme de questions préalables¹¹⁷ sont envoyées pour guider l'entrevue entre l'expert et le juriste local. On pourra nous objecter aussi les difficultés physiques de rencontre du groupe de travail ainsi formé ou encore des difficultés de financement ou autres entraves matérielles. Pour les premières, nous

¹¹⁵ Bernard BEIGNIER, *Ibid.*, note 114, p. 2 et s.

¹¹⁶ Voir la proposition de révision du Traité fondateur effectuée à Québec en 2008 au Canada et qui prévoyait justement l'institution d'une liste *ad hoc* d'experts africains qui serviraient à étudier les projets d'A.U. OHADA. L'Avant-projet aurait été élaboré de concert avec les praticiens africains et aurait bénéficié de discussions plus poussées sur des orientations essentielles pour avoir meilleur voix au chapitre. On nous opposera que ce procédé se fait déjà de façon informelle puisque l'expert désigné a consulté des juristes et cadres administratifs des universités, ministères et ordres professionnels de certains pays membres de l'OHADA. Mais nous savons tous qu'en Afrique, lorsque vous êtes désignés en tant qu'expert pour participer à un groupe de travail aux fins mentionnées par exemple, vous ne vous y consacrez pas de la même façon que si vous êtes consulté par un expert international qui requiert votre opinion pendant une des multiples rencontres prévues pour meubler un séjour sous forme de mission exploratoire.

¹¹⁷ Le rédacteur de l'Avant-projet a utilisé un procédé similaire mais ceci n'ôte aucune pertinence de fond à la critique surtout que des entrevues dirigées sont plus critiquables que des entrevues ouvertes car la personne interviewée limite en général ses recherches autour des axes et questions traités souvent même de bonne foi.

renverrons aux différents groupes de travail¹¹⁸ constitués en Europe à propos de l'élaboration d'un projet de Code civil européen ou de formation d'un droit privé européen, avec en filigrane, un clin d'œil aux avancées que la technologie permet de nos jours. Pour les secondes objections, en lien avec le financement, nous sommes tentés de répondre que si tel était l'ambition du Conseil des Ministres de l'OHADA au départ, il aurait trouvé sans nul doute les fonds nécessaires à l'entreprise. En tout état de cause, ce choix salutaire n'a pas été fait et les vraies interrogations pour l'heure demeurent : quelles sont les avantages du choix des Principes pour servir de modèle d'inspiration au droit OHADA des contrats? Quelles opportunités peuvent en tirer l'OHADA et l'Afrique au regard des caractéristiques desdits Principes? (**Section 1**) Quels sont les inconvénients d'un tel choix? Quelles sont les lacunes que révèlent les Principes et l'Avant-projet de façon incidente? Comment améliorer ces Principes dans le contexte africain? (**Section 2**).

SECTION 1 : Le recours aux Principes d'UNIDROIT

[54] La présente section nous permettra de nous interroger sur l'opportunité pour les États membres de l'OHADA d'uniformiser leur droit des contrats en s'inspirant des Principes UNIDROIT. Les Principes UNIDROIT, au regard de leur évolution, de la consécration qu'ils ont connue et de l'usage international qui en est fait semblent être l'un des meilleurs instruments dont pourrait s'inspirer l'AUDC. L'opportunité de s'y référer pour uniformiser le droit OHADA des contrats ne peut s'apprécier qu'à la lumière des effets concrets qu'ils sont susceptibles d'opérer sur le droit actuel des contrats des pays

¹¹⁸ V. Claude WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées. », R.T.D.Civ., juill.-sept. 2003, p. 447 et s., spécifiquement p. 448, note n°4 pour une liste exhaustive des participants de ces groupes de travail déjà mentionnés précédemment.

membres de l'OHADA et l'espace OHADA lui-même. Ces impacts juridiques découlent principalement de certaines caractéristiques des Principes qu'il nous faut brièvement rappeler de façon générale (**Paragraphe 1^{er}**). Toutefois, au-delà de ces caractéristiques pertinentes des Principes et de leurs impacts, l'analyse du contenu des Principes révèle aussi d'autres intérêts pour l'œuvre réformatrice de l'OHADA (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1: L'impact des Principes sur l'environnement juridique OHADA

[55] Avant d'énoncer les possibles avantages qu'il y aurait à s'inspirer des PU pour la réforme du droit des contrats OHADA, il est judicieux que nous donnions un aperçu desdits Principes. Une doctrine¹¹⁹ florissante s'est déjà penchée sur la question ce qui expliquera le caractère court de notre présentation. Ce bref aperçu (**A-**) sera complété par une description des caractéristiques pertinentes des PU au regard des objectifs énoncés de cette réforme pour le continent africain (**B-**).

A- L'examen des Principes UNIDROIT

[56] Une brève présentation des Principes UNIDROIT précédera nos développements relatifs à certaines caractéristiques pertinentes des P.U. dans le contexte de l'harmonisation du droit des contrats OHADA.

¹¹⁹ Voir toute la bibliographie relative à la présentation générale des PU, disponible sur www.unilex.org/doctrine, Consulté le 07 avril 2010.

1. Brève présentation des Principes UNIDROIT

[57] La première édition des Principes UNIDROIT fut publiée en 1994 par l'Institut International pour l'Unification du droit privé¹²⁰ dans une perspective de rénovation des sources du droit du commerce international. À l'époque, que l'on se souvienne que la principale source internationalement reconnue du droit des contrats internationaux et provenant d'une organisation internationale était la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises¹²¹. Les Principes apparaissent donc dans un contexte relativement très favorable. Il y avait un besoin quasiment impérieux à l'échelle internationale de regrouper, d'harmoniser voire d'uniformiser les règles matérielles régissant le commerce international. Ces normes juridiques uniformes étaient d'autant plus nécessaires qu'elles devaient à priori régir et promouvoir le commerce transfrontalier mondial. Elles étaient prédestinées à devenir un nouveau *jus commune* du droit du commerce international; un « cœur commun »¹²² qui battrait au même rythme dans les transactions liant les acteurs du droit du commerce international.

¹²⁰ Cet Institut avait déjà acquis ses propres lettres de noblesse avec la préparation de nombreuses conventions antérieures telles que la convention de la Haye de 1964 sur la formation du contrat de vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la vente internationale des objets mobiliers corporels; la Convention de Bruxelles de 1970 relative au contrat de voyage; la Convention de Washington de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international; la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises et les conventions d'Ottawa de 1988 sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international. Pour plus d'informations sur les études d'UNIDROIT passées et en cours, Voir www.unidroit.org/french/studies/subjects.htm, Consulté le 07 avril 2010, avec des détails sur les processus ayant conduit à ces conventions et d'autres.

¹²¹ La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises communément appelée Convention de Vienne de 1980, est venue remplacer les Lois Uniformes de 1964. Sur l'historique de la question voir Massimo PILOTTI, «L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (1926-1946)», (1926-1946) *L'unification du droit*, 14; René DAVID, *Cours de droit privé comparé*, Les cours de droit, 1967-1968, p. 383-395. L'auteur refait toute l'historique de l'uniformisation de la vente de marchandises depuis les travaux préparatoires jusqu'à un état des lieux des ratifications étatiques ; On peut consulter aussi un écrit de M. André TUNC cité par le professeur DAVID comme rapporteur du projet définitif publié en 1963, « *Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels* », (1964), RIDC, 547.

¹²² Traduction presque littérale mais biaisée de l'expression anglophone *common core* utilisée par certains auteurs à propos du droit européen des contrats.

[58] Les Principes furent donc édictés pour servir de modèle de réglementation pour les « contrats du commerce international ». Sur le premier aspect, celui des contrats du « commerce », les commentaires officiels¹²³ précisent que l’aspect « commercial » n’est pas inséré en visant à spécifier pour le champ d’application des Principes les contrats conclus entre commerçants à l’exclusion de ceux entre civils, tel qu’on pourrait le penser dans certains systèmes¹²⁴. La précision vise plus à exclure les « opérations de consommation » qui selon M. Bonell conserveraient une dimension locale¹²⁵. Le concept « commercial » doit être entendu à son sens le plus large¹²⁶ ce qui a fait dire à certains auteurs que l’expression droit international « économique » plutôt que droit « commercial »¹²⁷ international aurait été indiquée. Il est tout de même possible de trouver de nombreuses références de textes internationaux qui utilisent l’expression « commercial » dans le même sens large¹²⁸ que celui interprété pour saisir l’étendue des Principes d’UNIDROIT.

¹²³ UNIDROIT, Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 2004, p. 2. Précisons que la version 2010 des PU a été utilisée sur les points nouveaux objet de réforme mais la version 2004 est demeurée le référentiel pour toutes les autres questions demeurées inchangées en 2010.

¹²⁴ C’est le cas de la France où la théorie des actes de commerce permet de distinguer suivant la qualité des parties, l’objet et/ou la nature de l’opération. Ce n’est cependant pas une considération qui fut prise en compte ici.

¹²⁵ Tout en ne partageant pas entièrement l’opinion de cet illustre acteur des Principes UNIDROIT, nous mentionnons ci-après sa pensée à ce sujet : « [w]hile the *lex mercatoria* [...] is intrinsically international [...] consumer law [is] much more tied to the local setting. [...]. The problems relating to consumer contracting are obviously very different in various parts of the world. ». BONELL cite en appui de son opinion, Th. WILHELMSSON, “International *Lex Mercatoria* and Local Consumer Law: An Impossible Combination?”, in *Uniform Law Review*, 2003, p. 141, spec., p. 150.

Il est vrai qu’il n’existe pas de culture de consommation internationalement commune notamment entre les pays occidentaux et les autres. Mais il pourrait se trouver une base commune en ce domaine pour les pays africains de l’OHADA par exemple ce qui explique qu’un projet d’Acte uniforme sur le droit de la consommation ait été mis en chantier. Sans juger de la pertinence de son contenu, nous pensons que c’est trop vite conclure que de généraliser de la sorte et ce même si actuellement, l’état d’avancement du projet tendrait à donner raison à M. BONELL.

¹²⁶ M. J. BONELL, *Id.*

¹²⁷ Voir Klaus Peter BERGER, « The Creeping Codification of The *Lex Mercatoria* », *Kluwer Law International*, 1999, p. 160.

¹²⁸ Cette interprétation large du terme “commercial” peut être trouvée dans la Loi type de la CNUDCI sur le droit de l’arbitrage commercial international qui détaille dans le commentaire de son article premier: « relationships of a commercial nature include but are not limited to, the following transactions : any trade

[59] Parlant d'étendue, nous pouvons dire que loin de constituer une limite ou un inconvénient, cette interprétation large du champ d'application des Principes est plutôt bénéfique puisque non seulement ces derniers dans leur possible transposition comme modèle pour l'OHADA, ne régiront pas seulement des contrats commerciaux internationaux *stricto sensu* mais aussi et principalement des contrats à l'échelle nationale. En ce sens on a assisté au fil des années à un dépassement avéré de la vocation commerciale des Principes¹²⁹ qui ont tendance à englober le droit commun des contrats. Sans empiéter sur les développements relatifs au champ d'application de l'AUDC¹³⁰, il faut dire que construire le droit africain des contrats sur la base des Principes est tout de même une opportunité pour UNIDROIT qui pourrait par ce seul projet affirmer définitivement la vocation des PU à régir la partie générale des contrats en droit interne.

[60] Le dépassement de la vocation commerciale des PU se constate aussi à travers la prise en compte des intérêts de la partie faible au contrat¹³¹. En effet, « les consommateurs ne sont plus les seuls agents en possession d'un pouvoir de négociation très limité; certains professionnels sont désormais également dans cette situation »¹³². Les PU comme de

transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works, consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other form of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road. ».

¹²⁹ Voir Isabelle VEILLARD, « Le caractère général et commercial des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », R.D.A.I., 2007, pp. 479- 492, spéc. p. 484 où l'auteure développe ce qui selon elle constitue *les indices d'un dépassement de leur vocation commerciale par les Principes*.

¹³⁰ Première partie/Titre 1^{er}/Chapitre 2.

¹³¹ Malgré l'exclusion des contrats de consommation de son champ d'application, les PU intègrent la tendance générale qui consiste à prendre à compte la complexification actuelle des rapports de force contractuels. La partie faible est ainsi protégée.

¹³² Isabelle VEILLARD, *Ibid*, p. 490.

nombreux autres textes¹³³, répondent à ce nouveau défi que constitue la *précarisation de certains professionnels*¹³⁴.

[61] Sur le second aspect, qui est le champ d'application *a priori* international des Principes UNIDROIT, nous adresserons en même temps la question de l'adaptation possible des Principes UNIDROIT à une réglementation nationale vu que leur vocation première annoncée, est de régir les contrats internationaux. Il a déjà été rappelé que les PU se sont inspirés des travaux sur les *restatements* américains¹³⁵. Or ces derniers ont justement été construits pour être appliqués dans les différents États américains qui les auraient ratifiés comme droit positif en matière de contrats. La transposition des PU, similairement structurés devrait être possible.

[62] Un premier glissement textuel qui semble anodin s'est opéré dans le préambule des PU¹³⁶. En 1994, les PU étaient identifiés à l'origine comme devant recevoir application en cas d'impossibilité d'établir la règle pertinente applicable dans la législation désignée. En 2004, les PU sont devenus applicables même en cas d'impossibilité de choix d'une législation applicable ou lorsque les parties n'ont aucune loi applicable à leur contrat et ce, sans considération du fait qu'une règle de droit applicable soit déterminable ou non suivant les règles de droit international privé. Aussi simple que puisse paraître le glissement, il

¹³³ C'est le cas des Principes du droit européen du contrat; de la Loi type d'UNIDROIT sur la divulgation des informations en matière de franchises de 2002; du Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la Loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) du 15 décembre 2005;

¹³⁴ L'expression est empruntée à I. VEILLARD, *op. cit.*, note 129, qui cite *a contrario* l'analyse de P. LAGARDE visant à démontrer que certains professionnels considérés comme en situation général de faiblesse par les textes précités ne le sont pas toujours : au contraire. Voir P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev.crit. D.I.P.*, 2006, pp. 331-359, spéc. 339.

¹³⁵ Initié au siècle dernier (seconde édition) par l'American Law Institute (ALI) qui est une association fondée en 1923 par l'Association du Barreau Américain (ABA), des juges, praticiens et professeurs de droit. Les *restatements of contracts* sont la source la plus fréquemment citée par les avocats et les juges américains en matière contractuelle mais qui est dépourvue de force contraignante.

¹³⁶ Voir le paragraphe 4 du Préambule des PU, version de 1994 et celle de 2004 pour constater textuellement le glissement que nous décrivons. Ce paragraphe fut supprimé, remplacé par un autre et un autre paragraphe fut aussi ajouté à l'ensemble du préambule dans sa mouture actuelle de 2010.

consacre une règle qui permet de choisir directement les PU comme loi applicable et donc facilite l'application de ces Principes dans l'ordre interne.

[63] Dans leur nature, les PU sont souvent comparés à des initiatives similaires mais locales notamment les *Restatement (second) of the Law of Contracts* même si ces dernières sont bien distinctes¹³⁷ des PU. À l'image des *Restatements*, « ils constituent un corps de solutions ordonnées dans un domaine précis, se présentent sous la forme d'articles assortis de commentaires et ne tirent leur autorité persuasive que de leur origine doctrinale ». Ils ont donc la nature d'une *soft law*¹³⁸ que d'autres ont préféré qualifier de *droit assourdi*¹³⁹.

[64] De nombreux écrits ont essayé de clarifier la notion de *soft law*¹⁴⁰, faisant ressortir des caractéristiques propres. Sur la même base, les PU n'ont aucune autorité contraignante¹⁴¹ particulière et se basent sur des concepts aussi importants et nébuleux que l'est la *soft law* elle-même. Même si on ne peut déroger à certaines règles spécifiques des

¹³⁷ Les PU comprennent de courts commentaires qui en font partie intégrante. Ils ne mentionnent par leurs sources d'inspiration. Ils ne sont pas appelés à être ratifiés par les États. Pour des détails sur la comparaison des Principes avec le droit contractuel français ou avec les *American Restatements*, on consultera, Richard MARTY, « Conflits d'application entre les principes d'Unidroit et la loi française applicable au contrat », *Dalloz Affaires*, 1997, p. 101; Detlev F. VAGTS, « Harmonizing Divergent Laws: the American Experience », *Unif. L. Rev.*, 1998, p. 711 ou moins récemment, Arthur ROSETT, « Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law », *American Journal of Comparative Law*, 1992, Vol. 40, p. 683 et s.

¹³⁸ CHINKIN définit le concept en distinguant entre la *soft law* juridique ou légale qui proviendrait des traités ou autres actes juridiques et la *soft law* non juridique qui aurait sa source dans les codes de conduites, les guides et autres instruments non contraignants. Voir CHINKIN, C. M., « The Challenge of Soft Law. Development and change in International Law », dans QURESHI Asif H. et GAO Xuan (Eds.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law.*, Vol. V, *International Development Law.*, Routledge, London and New York, 2011, p. 140 et 141.

¹³⁹ L'expression est empruntée au professeur François RIGAUX, *Cours général de droit international privé, Recueil de cours de l'Académie internationale de la Haye*, 1989, I, tome 213, p. 375, tiré de Georges ABI-SAAB, « Éloge du 'Droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », dans *Nouveaux itinéraires du droit, Hommage à François RIGAUX*, 1993, p. 59 et s.

¹⁴⁰ Voir E. MARTIN et J. LAW, *Oxford dictionary of law*, 2006, qui définit la notion comme des « Guidelines of behaviour that are not binding in themselves ». Il s'agit là de la *soft law* non contraignante qu'on pourrait opposer à celle contraignante. Voir aussi Gruchalla WESIERSKI, « A Framework for Understanding Soft Law », *Rev. Droit McGill*, 1984, Vol. 30, p. 37 et s., spéc. p. 44.

¹⁴¹ Voir pour une opinion plus mitigée et quasiment contraire, Marcel FONTAINE, « Du droit "mou" impératif », dans *Études offertes à Barthélémy MERCADAL*, Éd. Francis LEFEBVRE, 2003, pp. 159-167.

PU, il faut distinguer ce caractère impératif¹⁴² découlant de la formulation particulière¹⁴³ de certains types de règles d'avec la réelle absence d'effet contraignant qui caractérise les Principes. Le premier (caractère impératif de certaines règles), n'existe et ne peut être considéré que si les PU sont déjà désignés comme règles devant gouverner le contrat. En effet ce n'est qu'une fois les PU choisis, que dans leur application, les parties contractantes ne peuvent déroger à des règles comme celles relatives à la bonne foi¹⁴⁴, à l'interdiction de se contredire¹⁴⁵, à la fraude¹⁴⁶, aux menaces¹⁴⁷, à l'avantage excessif¹⁴⁸, à la fixation du prix¹⁴⁹, aux clauses exonératoires¹⁵⁰, à la réduction de l'indemnité manifestement excessive établie au contrat¹⁵¹ et à la modification des délais de prescription par les parties¹⁵² pour ne citer que celles-là¹⁵³. Sinon, qu'en général, les PU n'engagent qu'à la hauteur de la volonté

¹⁴² Le principe général de cette dérogation au caractère non contraignant des PU se retrouve à notre sens à l'article 1.5 des PU qui dans un style rédactionnel *a contrario* de l'autonomie de la volonté affirme : « Les parties peuvent exclure l'application de ces principes, déroger à l'une quelconque de leurs dispositions ou en modifier les effets, à moins que ces Principes n'en disposent autrement. ».

¹⁴³ Pour exprimer cette impérativité on a par exemple la phrase : "Les parties ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée" (Art. 1.7.2 pour la bonne foi;). On peut mentionner aussi la formulation qui découle de l'article 3.19 des PU intitulé : *Caractère impératif des dispositions*, et qui se lit comme suit (pour ce qui est du Chapitre 3 des PU) : « Les dispositions du présent chapitre sont impératives, sauf celles qui concernent la force obligatoire du seul accord, l'impossibilité initiale ou l'erreur. ».

¹⁴⁴ Art. 1.7.1) des PU.

¹⁴⁵ Art. 1.8 des PU.

¹⁴⁶ Art. 3.8 des PU.

¹⁴⁷ Art. 3.9 des PU.

¹⁴⁸ Art. 3.10 des PU.

¹⁴⁹ Paragraphe 2 de l'article 5.1.7 des PU.

¹⁵⁰ Art. 7.1.6 des PU.

¹⁵¹ Paragraphe 2 de l'article 7.4.13.

¹⁵² Art. 10.3 des PU.

¹⁵³ Voir ÉLISE CHARPENTIER, « L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT », RJT, 2002, Volume 36, p. 355, spéc. p. 362-366. (Communication durant la Journée Maximilien Caron, 2001). L'auteur y mentionne des développements relatifs à d'autres *dispositions possiblement impératives* des Principes. Elle souligne notamment l'obligation de négocier de bonne foi (art. 2.15 des PU); l'obligation de renégocier en cas de *hardship* (art.6.2.3); le devoir de collaboration dans l'exécution des contrats (art. 5.3); l'obligation du créancier de limiter l'étendue du préjudice ou d'éviter qu'il augmente (art.7.4.8), etc. de nombreux bémols sont apportés plus loin à cette énumération partielle dans la suite de l'article.

des parties, qui les choisissent sous réserve encore qu'ils ne contreviennent pas aux règles impératives des législations nationales, internationales et supranationales¹⁵⁴.

[65] Sur la valeur réelle des PU, on peut se poser certaines questions. En droit québécois, que se passerait-il si les parties choisissent les PU pour régir leurs contrats et que certaines dispositions dites impératives de ces PU contredisent des dispositions du C.c.Q. ? Le juge québécois peut-il par exemple, en vertu de l'article 3112¹⁵⁵ C.c.Q. écarter les dispositions impératives des PU choisies par les parties parce qu'elles ont pour effet d'entraîner l'annulation du contrat? La réponse semble certaine et péremptoire dans le C.c.Q. pour ce cas d'espèces¹⁵⁶ mais ce conflit en général n'est pas si simple à résoudre.

[66] À titre de comparaison, il faut préciser qu'en cas de référence expresse au droit national d'un pays ayant ratifié la Convention de Vienne par exemple, cette Convention aura préséance sur les Principes UNIDROIT dans toutes les matières qu'elle régit¹⁵⁷.

[67] Pour finir, les objectifs généraux des PU sont atteints puisque les règles uniformisées qu'ils posent sont reconnues et s'appliquent sur différents territoires du Monde. Ils sont détachés de tout système national et ont offert des solutions avec lesquelles les praticiens se sont très vite familiarisées. Il serait quelque peu redondant de revenir sur

¹⁵⁴ Art. 1.4 des PU.

¹⁵⁵ Article 3112 C.c.Q. : « En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte. ».

¹⁵⁶ La professeur Charpentier en analysant l'article 3112 C.c.Q. précité commente à juste titre que les parties peuvent donc écarter en droit québécois des dispositions impératives des PU si l'application de ces dispositions devait entraîner l'annulation du contrat. ÉLISE CHARPENTIER, *ibid.*, p. 369. Elle fait également une analyse sur l'hypothèse plus large de conflit général entre des dispositions impératives de conventions internationales et certaines règles impératives nationales ou encore en cas de simple incorporation ou dépeçage. Voir à ce propos la décision de la Cour de cassation française, chambre commerciale, 4 février 1992, R.C.D.I.P. 1992, p. 495-497.

¹⁵⁷ Catherine KESSEDIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. dr. internat. privé*, Vol. 84, n° 4, Oct.-Déc. 1995, p. 664, spéc. n° 47. Elle précise sur fond d'exemple précis que les Principes ne peuvent être secourables que dans l'hypothèse où ni la Convention de Vienne, ni le droit français déclaré expressément applicable par la clause contractuelle ne donnent réponse à la question juridique en litige.

toutes les caractéristiques des Principes mais nous en avons retenu quelques unes qui présentaient certaines particularités intéressantes dans le contexte africain.

2. Caractéristiques pertinentes des Principes UNIDROIT

[68] Le but de cette norme nouvelle en matière contractuelle doit être compris à travers le besoin de sécuriser l'espace, protéger les instruments d'échanges dans l'espace OHADA que sont le contrat et le commerçant africain. L'objectif de cette réforme doit donc être un recentrage des objectifs du droit des contrats africain autour de la nécessité de donner au commerçant africain un levier dans le commerce communautaire mais surtout dans les relations commerciales internationales. En ce sens, une des contributions significatives des PU consiste justement dans la proposition de directives et guides pour les législateurs nationaux, les juges, les arbitres, les particuliers parce qu'ils créent des solutions simples, modernes et pratiques pour le droit des contrats transfrontalier.

[69] Les PU sont également un excellent compromis, un entre-deux, une passerelle entre les deux grands systèmes juridiques (common law et droit romano-germanique) et les pratiques commerciales internationalement reconnus. Il y a donc là une source d'inspiration pour le droit contractuel africain. Du point de vue fonctionnel, les PU fournissent des règles aptes à régler des situations controversées qui se posent, avec le mérite de ne point faire usage des mêmes concepts complexes. On mentionnera au passage la fonction de la bonne foi¹⁵⁸ et de certains mécanismes qui sont censés assurer le même résultat en *common law* tel que la cause et la *consideration*. La clause pénale¹⁵⁹ du droit

¹⁵⁸ Pour des détails sur les fonctions de la bonne foi, Voir, Robert VOUIN, *La bonne foi : notion et rôle actuel en droit privé français*, Thèse pour le doctorat, Paris, L.G.D.J., 1939, 478 p., cité par Filali OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, Bibliothèque de droit privé, tome 224, p. 19, note 58.s

¹⁵⁹ La clause pénale a pour but de dissuader le contractant d'une violation du contrat vs les exceptionnels *liquidated damages*

romano-germanique opposable aux exceptionnels *liquidated damages*¹⁶⁰ du *common law*, sont aussi un pertinent exemple des fonctions que peuvent remplir les PU avec des concepts simples en évitant les duplications notionnelles.

[70] Les PU sont également une formulation moderne¹⁶¹ de la *lex mercatoria* ou des principes généraux du droit ou principes internationalement reconnus auxquels font souvent référence les parties par citation du Préambule¹⁶² des PU. De nombreux auteurs ont eu à s'appesantir longuement sur cette caractéristique des Principes que ces derniers tireraient de leur intimité avec la *lex mercatoria*¹⁶³. Pour faire un parallèle avec la *lex mercatoria*¹⁶⁴, nous sommes convaincus qu'il faille faire du droit des contrats OHADA une formulation moderne du droit marchand¹⁶⁵ traditionnel africain tel qu'il existe actuellement. En réalité, il semble que la théorie de la *lex mercatoria* ait été développée depuis l'Antiquité, sous l'Empire romain, avant de se préoccuper de saisir les pratiques corporatives particulières¹⁶⁶. Ce n'est que plus tard qu'elle fut orientée pour servir les intérêts des marchands et donc du commerce.

[71] Les caractéristiques actuelles de même que l'évolution de la *lex mercatoria* nous permettent de croire qu'il faut élaborer un *jus mercatorumafricain* qui plus tard servira les

¹⁶⁰ Les *liquidated damages* visent à réparer le préjudice provenant du contrat mais estimé à l'avance.

¹⁶¹ V. Michael Joachim BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Towards a New Lex Mercatoria?*, R.D.A.I., 1997, n° 2, p. 145 à 163.

¹⁶² Voir paragraphe 3 du Préambule des PU qui constitue selon nous, la source législative de cette association entre les PU, les principes généraux du droit et la *lex mercatoria*.

¹⁶³ Voir à ce sujet, Emmanuel JOLIVET, « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2008, n° 1 et 2, p. 143 et s. Ou encore pour un point de vue mitigé sinon contraire, Antoine LEDUC, *L'émergence d'une nouvelle lex mercatoria à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse*, R.J.T. 2001, 429 - 451.

¹⁶⁴ Encore appelé *jus mercatorium*, la *lex mercatoria* a fait l'objet d'une excellente thèse par Filali OSMAN qui en décrit les principes généraux : *Les principes généraux de la Lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, Bibliothèque de droit privé, tome 224.

¹⁶⁵ Jean DABIN définissait la *lex mercatoria* comme le droit marchand médiéval directement issu des usages du commerce international : *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, n° 21, pp. 26-27.

¹⁶⁶ Voir Filali OSMAN, *Thèse précitée*, note 164, p. 9-10 ainsi que les notes bibliographiques afférentes.

intérêts du commerce sur le continent. En attendant cette occurrence, le fait de s'inspirer en partie des principes UNIDROIT pour la rédaction de l'AUDC, produira déjà un impact positif sur l'environnement juridique OHADA.

B- L'influence positive des Principes sur l'environnement juridique OHADA

[72] La démonstration de l'opportunité pour l'OHADA de recourir aux Principes UNIDROIT pour uniformiser son droit des contrats se fera en prenant en compte les changements opérables sur l'environnement juridique actuel des États membres de l'OHADA. D'une part, ces changements ont trait à une modernisation du droit des contrats des États de l'espace OHADA (1-). D'autre part, les Principes UNIDROIT codifiés adéquatement devraient entraîner aussi une amélioration de la sécurité juridique et judiciaire de l'espace OHADA (2-).

1. La modernisation du droit africain des contrats

[73] Moderniser une législation a pu signifier par le passé dans le contexte des pays africains, « introduire le plus grand nombre de règles inspirées du “modèle” européen, en les juxtaposant ou, au besoin, en les substituant aux anciennes coutumes »¹⁶⁷. Cette conception se fondait sur le constat révolu suivant lequel le droit à cette époque surtout coloniale était importé du pays colonisateur. La modernisation prend ici plus une allure de renouvellement afin de faire avancer en adaptant à l'ère du temps¹⁶⁸. C'est une codification moderne du droit des contrats OHADA. L'idée est réalisable puisque les Principes

¹⁶⁷ Xavier BLANC-JOUVAN, La résistance du droit africain à la modernisation, dans *Revue sénégalaise de droit*, n° 21, 1977, p. 23.

¹⁶⁸ Par ère du temps nous entendons, la réalité de la mondialisation du droit et de l'économie en général. Pour une référence récente Voir Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2^{ème} éd., Paris, Coll. Systèmes. Droit, 2010.

présentent toutes les caractéristiques d'un code selon la définition qu'en a donné le professeur Vanderlinden¹⁶⁹ et qu'il a affiné plus tard¹⁷⁰. La professeure Élise Charpentier a notamment eu l'occasion de démontrer clairement, comment du point de vue de la forme et de la normativité qu'ils véhiculent, ces Principes forment une codification¹⁷¹. De plus, en nous référant au mouvement communautaire africain de rapprochement des législations dans lequel s'insère l'OHADA, on ne peut passer sous silence cet avertissement¹⁷² qui demandait de « prendre garde à ne pas tenir pour “code” seulement ce que la doctrine des XVIII^e et XIX^e siècles a entendu par ce terme, sous peine de devoir contester le caractère de “véritable codification” à de nombreuses expériences d'unification du droit ».

[74] Pour effectivement constater cette modernisation dans l'espace OHADA, il y a lieu de faire un état des lieux¹⁷³ des législations actuelles des États membres de l'OHADA auquel on pourra confronter les propositions de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats de l'OHADA. Le juge Kéba Mbaye rend bien compte de cet état des lieux d'antan lorsqu'il écrit que « le droit se présente dans les quatorze (14) pays africains de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux »¹⁷⁴. Chaque État conserve les textes introduits avant ou au moment des indépendances par les anciennes puissances

¹⁶⁹ Jacques VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1967.

¹⁷⁰ Un code est « [...] un ensemble formel dont le contenu est constitué de la totalité ou d'une partie importante d'un droit, revêtu directement ou indirectement de la force obligatoire de la loi et possédant les attributs susceptibles d'en permettre une meilleure connaissance », Jacques VANDERLINDEN, « Qu'est-ce qu'un code », (2005), 46 *C. de D.* 29, p. 50.

¹⁷¹ Élise CHARPENTIER, « Les fins et les moyens de l'unification du droit du commerce international », dans Nathalie VÉZINA (dir.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 7 et s., spéc. p. 22 et 23 puis 27 et s.

¹⁷² Jacqueline LOHOUES-OBLE, « La codification est-elle un vecteur de développement économique en Afrique? », dans *Journées d'études à l'occasion du bicentenaire du Code civil. Le rayonnement du droit codifié*, 25 novembre 2004, Les Éditions des Journaux officiels, p. 110 et s.

¹⁷³ On peut utilement consulter à propos de l'état de la législation applicable lors de l'indépendance des États colonisés par la France, l'*Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 7, par Georges MEISSONNIER et Jean Claude GAUTRON-NEA, 1982, p. 103 et s.

¹⁷⁴ Kéba MBAYE, Introduction au séminaire international sur l'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc, Abidjan, Côte d'Ivoire, 19-20 avril 1993, Inédit.

colonisatrices. À cela s'ajoute une jurisprudence et des développements doctrinaux avec plus d'une décennie de retard. Bien évidemment, on ne peut que constater une inadaptation de ces textes au contexte économique actuel. Le rédacteur de l'avant-projet, à la suite de ses voyages et consultations effectués dans neuf (09) pays¹⁷⁵ de l'OHADA en vient à la conclusion suivante : « le droit des obligations contractuelles n'a plus guère évolué depuis près d'un demi-siècle »¹⁷⁶. Le droit africain des contrats a donc besoin d'un toilettage scientifique. Ce toilettage nous remet en présence d'un vieux débat méthodologique qui est celui du choix des normes ou règles à privilégier entre celles coutumières véritablement africaines et celles étrangères souvent déconnectées.

[75] En prélude à cette nécessité, certains auteurs s'étaient penchés depuis plusieurs décennies sur la question de la confrontation des droits étrangers avec ceux internes traditionnels des États africains francophones. Ils ont noté - entre autres - une certaine résistance du droit africain traditionnel des contrats à la modernisation¹⁷⁷. Cette résistance ne fait qu'accroître aux yeux du professeur René David le fait que l'unification du droit des obligations répond « à une véritable nécessité, en raison même de la multiplication des échanges et des rapports commerciaux ». Dans la même lancée, le Doyen Decottignies¹⁷⁸ affirmait en 1977 que « [l]a modernisation du droit africain [des obligations] passe alors par la modification, la réforme ou mieux la refonte de ce que le passé a légué à l'Afrique pour l'adapter aux besoins réels du continent ». Le passé de ces États africains en matière contractuelle est ce droit vétuste et inadéquat, hérité de la colonisation et découlant du

¹⁷⁵ Les pays choisis furent au nombre de neuf sur suggestion du Secrétariat Permanent de l'OHADA. Il s'agit du Burkina Faso, du Cameroun, du Congo, du Gabon, de la Guinée Bissau, de la Guinée Conakry, du Mali, du Sénégal et du Togo.

¹⁷⁶ Marcel FONTAINE, « Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », dans Actes du colloque de Ouagadougou (Burkina Faso), 15-17 nov. 2007, parue à la Revue de droit uniforme, 2008, n° 1/2, p. 566.

¹⁷⁷ Voir à ce propos les actes du Colloque de l'Association Sénégalaise d'Études et de Recherches Juridiques tenu à Dakar du 5 au 9 juillet 1977 et publiés à la *Revue sénégalaise de droit*, n° 21-22, 1977.

¹⁷⁸ R. DECOTTIGNIÈS, « La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », in *Revue sénégalaise de droit*, n° 21, 1977, p. 61.

Code Napoléon pour la plupart des États francophones de l'OHADA; de la tradition juridique portugaise pour ce qui est de la Guinée Bissau; du droit espagnol concernant la Guinée équatoriale; mais aussi d'un mélange de *Common law* et de droit français pour ce qui est du Cameroun. La modernisation a, de longues dates, déserté le forum des droits contractuels internes africains. Les exceptions à cet état de choses sont le Mali¹⁷⁹, le Sénégal¹⁸⁰ et la Guinée Conakry avec son Code civil de 1983. On peut aussi dénombrer hors de l'espace OHADA, Madagascar¹⁸¹ qui, même s'il a comme les autres États élaboré un nouveau code des obligations dans la période postindépendance (après 1960) a malheureusement, lui aussi, conservé à ce jour des règles pour la plupart obsolètes, disparates et inadaptées aux besoins du commerce international. Heureusement, l'AUDC s'alignant sur les exigences actuelles du commerce international, propose d'établir une législation consacrant ou excluant de nouveaux principes et concepts¹⁸² dont l'analyse révèle une œuvre profonde de rénovation du droit contractuel africain.

[76] Ce n'est pas à une « épuration du droit des contrats hérité du législateur colonial »¹⁸³ que nous assistons avec l'Avant-projet sous étude. Au contraire, sous réserves de certaines lacunes sur lesquelles nous reviendrons dans la Section 2 à suivre, il s'est agi « d'adapter aux conditions économiques nouvelles, des grands principes consacrés dans le droit traditionnel des contrats issu du Code civil napoléonien »¹⁸⁴. On reconnaîtra ainsi au nombre des principes phares du droit contractuel ayant subi un toilettage : la liberté

¹⁷⁹ Loi N°87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des Obligations en République du Mali.

¹⁸⁰ Lois sénégalaises du 10 juillet 1963 et du 13 juillet 1966 qui élaborent un code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸¹ Ordonnance du 31 juillet 1962 sur la preuve des obligations civiles en droit malgache.

¹⁸² Il faut préciser que cette partie ne détaillera pas les propositions spécifiques faites par l'Avant-projet. Ces dernières ressortent plus de la construction du droit uniforme des contrats et pas de la méthode. Elles seront discutées et au besoin critiquées à l'occasion de la seconde partie de nos travaux.

¹⁸³ Félix ONANA ÉTOUNDI, « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2005, n° 4, p. 692.

¹⁸⁴ Félix ONANA ÉTOUNDI, *id.*

contractuelle, la force obligatoire du contrat, l'interprétation du contrat, la bonne foi, la cause et la considération, l'imprévision (bouleversement des circonstances), la lésion et la résolution par notification. On pense aussi à l'utile consécration du principe de la réparation intégrale¹⁸⁵ qui s'associe à bien d'autres propositions novatrices pour rendre cette œuvre législative assez pertinente au regard des intérêts du continent africain. Il ne subsiste que peu de doutes quant à la conclusion qu'avec cet Avant-projet ainsi modifiable, il se dessine les contours généraux d'un cadre de référence en droit des contrats africain, assez moderne pour exercer un impact sur les transactions commerciales et l'économie africaine à long terme.

[77] Ce droit nouveau, inspiré des Principes UNIDROIT pourra entraîner logiquement un raffermissement de la sécurité juridique et judiciaire si chères à l'OHADA.

2. La sécurité juridique et judiciaire découlant des Principes UNIDROIT

[78] L'un des objectifs fondamentaux de la réforme globale du droit des affaires opérée sous l'égide de l'OHADA est d'atteindre une sécurité juridique favorable à un accroissement des investissements dans l'espace OHADA. Si un doute subsiste à ce propos, il suffit pour s'en convaincre de citer cette disposition du Préambule¹⁸⁶ du Traité OHADA qui retient que l'harmonisation du droit des affaires doit « garantir la sécurité juridique des activités économiques... ». Cette priorisation de la sécurité juridique par l'OHADA se justifie d'autant plus que pour certains auteurs « elle relève d'un impératif

¹⁸⁵ C'est l'article 7.20 de l'Avant-projet qui dispose que « Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi [...] ».

¹⁸⁶ Nous citons une partie du préambule du Traité, version 1993, demeuré inchangé après la modification de 2008 à Québec, parce que c'est cette partie préliminaire qui permet d'en exposer les motifs, de fixer ses objectifs et de déterminer le contexte et la logique générale du texte.

absolu »¹⁸⁷ pendant que d'autres ont pu depuis la nuit des temps la qualifier de « première valeur sociale à atteindre »¹⁸⁸. Avant de rechercher comment la réforme du droit des contrats entamée sur la base des Principes UNIDROIT contribue à améliorer cette sécurité, il est nécessaire de clarifier les contours de la notion qui dans nos écrits se duplique en sécurité juridique et sécurité judiciaire.

[79] Dans l'ordre courant des choses, la sécurité est considérée comme intrinsèque à la condition humaine et a pu être qualifiée « tantôt d'état psychologique qui résulte de l'absence de crainte¹⁸⁹, tantôt d'éloignement des maux les plus graves¹⁹⁰ ». Dans le monde juridique, la sécurité juridique est une notion protéiforme¹⁹¹ déjà reconnue depuis le droit romain à travers « ses deux sous-principes d'orientation et de réalisation »¹⁹²; sous-principes qui se déclinent en la :

« certitudo » qui est la boussole du sujet de droit, son guide face à des choix en univers incertain. La « securitas » qui est le respect de la règle et du contrat, leur effectivité. C'est le fait que l'autorité en assure pratiquement la mise en œuvre et ne vienne pas les modifier par son arbitraire ou son bon plaisir »¹⁹³.

¹⁸⁷ Bernard TEYSSIÉ, « L'impératif de sécurité juridique », dans *Le monde du droit*, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, Economica, 2008, p. 986.

¹⁸⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 269 cité par B. TEYSSIÉ, *id.*; Voir aussi A. CRISTAU, qui parle de « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, p. 2815.

¹⁸⁹ SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, Livre deuxième, Chapitre VI, cité par Karim BENYEKHELF et Nicolas VERMEYS (Dir.), *Le droit à la sécurité...La sécurité par le droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2011, p. 2.

¹⁹⁰ LEIBNIZ, *Œuvres*, tome 5, Paris, Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1864, p. 234, cité par Karim BENYEKHELF et Nicolas VERMEYS (Dir.), *id.*

¹⁹¹ On a pu parler de principe axiomatique constituant une *exigence protéiforme, plurivoque, parfois contradictoire*. Sylvia CALMES, « Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français », *La Revue du Notariat*, Vol. 110, sept. 2008, p. 303. L'auteure compare très bien dans cet article les concepts de sécurité, sureté, certitude, fiabilité avant d'en tenter une définition suivant trois optiques : prévoir ou la prévisibilité... ; savoir afin de prévoir ou l'accessibilité et enfin également prévoir afin d'assurer une stabilité du droit.

¹⁹² J. M. SOULAS de ROUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC 1-2003, cité par Michel PINAULT et Régis LAFARGUE, « Incertitude et sécurité juridique » dans *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, p. 11.

¹⁹³ Michel PINAULT et Régis LAFARGUE, *Id.*

[80] Au-delà de la polyvocité¹⁹⁴ des concepts (sécurité, sureté, certitude,... juridique), elle a pu être synthétiquement énoncée comme :

« l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »¹⁹⁵.

[81] Outre ces définitions quelque peu savantes, on peut caractériser l'insécurité juridique à travers la situation prévalant actuellement dans l'espace OHADA. En effet, le caractère disparate des textes actuels, l'impossibilité pour le justiciable de connaître sans efforts considérables le contenu de la législation applicable à une situation, le caractère incomplet des textes sont autant d'éléments générateurs d'insécurité juridique. Comme a pu le dire le Conseil d'État français dans la deuxième partie de son rapport¹⁹⁶ sur la sécurité juridique et la complexité du droit, la sécurité juridique implique, la clarté, l'intelligibilité¹⁹⁷ et l'absence d'imprévisibilité¹⁹⁸. Il s'agit de caractéristiques qu'on ne retrouve pas réellement dans l'espace africain et que l'on peut par conséquent identifier en vue de l'améliorer¹⁹⁹.

[82] Dans sa réforme globale du droit des affaires, pour atteindre cette sécurité juridique, le législateur communautaire africain s'est basé sur deux types d'instruments qui ont trait

¹⁹⁴ L'expression est empruntée à Michel BOUDOT, Le slogan sécuritaire : rapport final du X^{ème} congrès de l'association internationale de méthodologie juridique », La Revue du Notariat, Vol. 110, sept. 2008, p. 717. L'auteur utilise aussi la métaphore d'un "palimpseste" pour parler de la sécurité juridique.

¹⁹⁵ Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Université Paris II, 2006, n° 47 et 48.

¹⁹⁶ Paraphrase du Rapport du Conseil d'État, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 273; aussi disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document//rapportpublic2006.pdf>, dernière consultation 10.02.2012

¹⁹⁷ S'entend de la lisibilité et de la cohérence des énoncés législatifs. Selon le *Larousse* est intelligible ce qui peut être compris ou saisi aisément.

¹⁹⁸ La règle doit être prévisible c'est-à-dire constante; qui ne change pas souvent.

¹⁹⁹ Karin BENYEKHELF et Nicolas VERMEYS, *op. cit.*, reprenant Ulrich BECK, *La société du risque*, Paris, Flammarion, 2008, p. 36 et s. Les auteurs comparent en ce sens la notion de sécurité à celle du risque afin de mieux la caractériser. Le risque renverrait ainsi à un état de fait sur lequel nous n'aurions aucun contrôle, alors que la sécurité implique une analyse réfléchie. Les risques pouvant être supprimés, diminués, dramatisés [...].

pour le premier aux normes et pour le second aux procédures et aux institutions. L'élaboration d'un AUDC rejoint le premier instrument. À propos de ces normes, plus de quinze ans après l'avènement de l'OHADA, on peut prendre la suite du professeur Pierre MEYER en affirmant que les Actes uniformes de l'OHADA forment dans les matières qu'ils régissent un ensemble « à la fois complet, précis et cohérent »²⁰⁰. L'harmonisation du droit des contrats vient apporter un plus au caractère déjà quasi complet des normes de l'OHADA quand on sait l'importance de cette matière pour l'essor économique²⁰¹.

[83] La sécurité juridique étant intrinsèquement reliée à la qualité de la loi, le fait que ce cadre de référence soit inspiré des Principes UNIDROIT est inéluctablement un gage de qualité normative car la recherche de règles efficaces et propres à régir les transactions commerciales est l'une des vocations premières des Principes, inscrites dans leur préambule²⁰². À cela s'ajoute la large reconnaissance des Principes UNIDROIT, confirmée par un choix de plus en plus croissant comme règle de droit subsidiaire applicable à des contrats de particuliers²⁰³ ou encore les multiples propositions de stipulations tirées des

²⁰⁰ Voir Pierre MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », Communication au colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, 17-24 mars 2006, disponible sur www.ohada.com/doctrine, consulté le 09 février 2012; Référence D-06-50 où l'auteur démontre que les critères de complétude, précision et de cohérence sont respectés par le corpus législatif actuel de l'OHADA. V. Penant n°855, p. 151.

²⁰¹ Quand on traite des aspects juridiques du développement, on ne saurait occulter le droit des contrats. À titre d'exemple, consultez André TUNC (Dir.), *Legal Aspects of Economic Development*, Paris, Librairie Dalloz, 1966, 205 pp. Dans cet ouvrage, malgré la diversité des contributions, la majorité des huit (08) contributeurs a consacré des développements à la place du droit des contrats dans le processus de développement économique.

²⁰² Le préambule des PU affirme que « Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. ».

²⁰³ Le professeur Emmanuel JOLIVET fait un impressionnant recensement des affaires où sont invoquées les Principes d'UNIDROIT. Même s'il répertoriait en 2004 dans la jurisprudence arbitrale moins d'une dizaine de décisions (08) retenant les Principes comme *lex contractus*, ces chiffres ont évolué depuis 2004 où cette étude fut réalisée. Voir notamment, Emmanuel JOLIVET, « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », in Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2008, n° 1 et 2, p. 129 et s. Spéc. la note 5 où l'auteur mentionne toutes les études publiées qui ont précédé celles-là.

Principes pour la rédaction de modèles de contrats internationaux²⁰⁴. S'il fallait en dire plus, on pourrait se fier à la caractérisation du « droit souple » opérée par le professeur Jean-Michel Jacquet pour voir dans les Principes UNIDROIT, une œuvre normative de qualité²⁰⁵ assurant entre autres une sécurité juridique certaine. On peut donc retenir qu'au-delà de toutes considérations relatives à l'adéquation des PU au contexte africain, prévisibilité, accessibilité, lisibilité, et stabilité se retrouvent objectivement dans cette norme juridique projetée pour l'OHADA.

[84] L'insécurité judiciaire²⁰⁶ quant à elle est une conséquence de celle juridique. En effet face à la situation d'insécurité juridique ci-dessus décrite dans l'espace africain, le justiciable ne retrouve aucun point de repère jurisprudentiel. Sur chaque question, il n'existe quasiment pas d'unique position de principe. Même quand il y en a une, elle connaît de nombreuses déclinaisons contradictoires. Ces variations sont fonction du juge, de ses affinités ou objectifs, des contingences²⁰⁷ auxquelles il est soumis ce qui explique bien qu'une brume opaque entoure toujours l'issue des cas soumis au juge africain.

²⁰⁴ Les contrats types de la CCI illustrent cette réalité. Voir notamment, A. MOURRE et E. JOLIVET, « La réception des principes d'UNIDROIT dans les contrats de la chambre de commerce internationale », *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 2004, p. 275 - 293.

²⁰⁵ Jean-Michel JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », dans *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 331 et s., spéc. p. 333 et 335 où il parle de la flexibilité et de la force (ou absence de force *ab initio*) du droit souple, avant d'en détailler les nombreuses fonctions (p. 339).

²⁰⁶ Il semble que cette sécurité que nous qualifions de judiciaire par opposition à celle juridique est plutôt perçue par d'autres auteurs comme subjective par opposition à une autre objective qui découle des sources directes du droit. Voir Jean-Louis BERGEL, « La sécurité juridique », *La Revue du Notariat*, Vol. 110, sept. 2008, p. 271 et s., spéc. p. 279. Le professeur BERGEL a un point de vue opposé en cela à celui de M. PIAZZON qui retient dans sa thèse qu'en droit des contrats, « il n'y a pas de différence entre la sécurité subjective et la sécurité objective puisque tout s'y exprime en termes de droits subjectifs ». Voir Thomas PIAZZON, thèse précitée, note 195, n° 222 ; mentionnée d'ailleurs par le professeur BERGEL, *Id.*

Voir aussi René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, Librairie de nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 71 et 72, cité par Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : conséquences sur la sécurité juridique ? », *La Revue du Notariat*, Vol. 110, sept. 2008, p. 322 et 323. L'éminent juriste français retient une conception dynamique de la sécurité juridique (qui pousse à l'action), qu'il oppose à la conception statique qui fait qu'on ne peut en priver juridiquement le titulaire [ce qui revient selon nous au droit subjectif du justiciable] du professeur BERGEL, *op. cit.*, note 206.

²⁰⁷ Le juge africain est soumis à toute sorte de pressions néfastes à caractère social, politique, financier, etc. qui rendent imprévisible ses décisions et fortifient l'insécurité judiciaire.

L'insécurité judiciaire découle en Afrique de la mauvaise qualité de la loi à laquelle se couplent une jurisprudence instable, éparse et aléatoire, parfois même inexistante; une difficile ou mauvaise exécution des décisions judiciaires et des sentences arbitrales de même qu'une mauvaise formation des magistrats et autres auxiliaires de justice. Le juge africain et les institutions judiciaires ne contribuent donc aucunement à l'amélioration de la sécurité judiciaire telle que le pense Moncef Kdhir²⁰⁸ de façon générale. Tel était du moins le tableau jusqu'à la mise en place des institutions du Traité OHADA et la place accordée à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans le processus d'harmonisation du droit. Même si une amélioration est notable, il faut partir de la prémisse que la parfaite sécurité judiciaire ne peut exister, surtout au regard du fait que le droit n'est pas et ne sera jamais une science exacte.

[85] L'apport d'un AUDC inspiré des Principes UNIDROIT serait notamment de fournir une législation mercatique ayant à son actif une jurisprudence établie et pertinente sur laquelle reposera le système institutionnel de l'OHADA. Des points de repère jurisprudentiel existeraient du coup en matière contractuelle et arbitrale. Ils réduiraient l'insécurité jurisprudentielle et partant celle judiciaire. La formation du personnel judiciaire sera également plus accessible à la majorité.

[86] Certains types de coûts²⁰⁹ qui existaient du fait de l'insécurité juridique et judiciaire disparaissent ou au moins se trouvent réduits du fait de l'harmonisation basée sur les

²⁰⁸ L'auteur soutient notamment qu'il faut voir dans le juge un *organe primordial de la sécurité juridique permettant ainsi de dissiper les brumes dans lesquelles baignent les normes juridiques*. Il va jusqu'à dire que la sécurité juridique *dans ce contexte n'est plus un texte permanent et clair, mais le juge dans sa décision définitive*. L'idée déjà ne se vérifie pas dans le contexte des pays avec un niveau d'émancipation jurisprudentielle assez élevé; pas encore dans le cadre africain. Voir Moncef KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », La revue administrative : revue bimestrielle de l'administration moderne, 1993, p. 538, cité par Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, *id.*, p. 326, note 25.

²⁰⁹ Voir Helmut WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty », in *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, edited by Jan SMITS, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p. 27, spec. p. 31. L'auteur y retient : a) costs of collecting information, b) costs of legal disputes, c) costs of setting incentives for pushing through legal claims and d) other transactions costs such as travel expenses, time spent (opportunity costs) and annoyance (negative utility).

Principes. Comme le disait Pierre Legrand, « la parfaite sécurité contractuelle est illusoire, [...] l'incertitude est inhérente au projet contractuel, [...] l'aléa survivra à toute tentative dogmatique de formalisation de la dynamique contractuelle »²¹⁰. La sécurité contractuelle imparfaite dont il est question n'est qu'à l'image de celle juridique plus englobante. Ces affirmations sont vraies mais il ne fait tout de même aucun doute que la délimitation d'un cadre de référence inspiré entre autres des Principes UNIDROIT contribuerait à réduire cette insécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. Simultanément, cette réforme rendrait l'espace OHADA plus attractif.

Paragraphe 2 : De quelques autres améliorations du recours aux Principes

[87] Il nous faut d'abord relativiser la portée de l'analyse économique du droit (AED) dans le processus d'harmonisation du droit OHADA des contrats. Il n'est pas dans nos intentions de faire nôtre les postulats et conclusions prônés par les tenants de l'école d'analyse économique du droit relayés dans leurs études par les rapports *Doing business*²¹¹ de la Banque mondiale. Pour preuve de la relativité de ces analyses, nous mentionnons l'article synthétique de Jaap Hage²¹² qui fait à notre sens le tour de la question. L'analyse

²¹⁰ Pierre LEGRAND, « La leçon d'Apollinaire », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), Éd. Economica, 2001, p. 37 et s., spéc. p. 46.

²¹¹ Pour une opinion récente et autorisée de laquelle nous sommes proches, V. Ejan MACKAAY, « La valeur juridique du droit civil et de la common law en droit des affaires : doing business aujourd'hui », Communication au 33^{ième} Congrès de IDEF à Montréal, les 16 et 17 mai 2013 portant sur le thème : « Le face à face droit civil / common law en droit des affaires. Cas du Canada, de l'Afrique et du monde arabe », inédit, disponible en ligne sur www.institut-idef.org/IMG/pdf/Programme_du_33e_congres.pdf, dernière consultation le 04 juin 2013.

²¹² Jaap HAGE, « Law, Economics and Uniform Contract Law : A Sceptical View », in *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, edited by Jan SMITS, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p. 55, spéc. p. 61.

économique nous servira cependant comme instrument ponctuel d'analyse qui peut, dans une optique d'interdisciplinarité se révéler décisive.

A- Les incidences sur l'attractivité économique de l'espace OHADA

[88] Des auteurs²¹³, définissant l'attractivité du droit comme « la facilité à faire des affaires qu'un système de droit peut apporter » se sont longuement chargés de démontrer en quoi l'avènement du droit OHADA avait conduit de façon générale à améliorer certaines opérations économiques. Dans sa thèse de doctorat, Maître Koundé s'applique à montrer l'impact positif de ces Actes uniformes sur la croissance économique des États africains francophones²¹⁴ de l'espace OHADA. De notre côté, tout en prenant acte de cette démonstration, nous essaierons de voir en quoi l'adoption de l'AUDC inspiré des Principes UNIDROIT améliorerait cette situation en commençant d'abord par le droit des contrats.

[89] Au-delà donc d'une attractivité générale du droit OHADA, l'attractivité économique en matière contractuelle découlera en premier lieu de la modernisation et de la sécurisation de l'espace OHADA mais elle sera aussi favorisée par l'ouverture que prônait l'AUDC sur la base des Principes UNIDROIT. En effet, les Principes ont l'avantage de ne prioriser aucun système juridique ou culture juridique au regard de leur processus d'élaboration²¹⁵. Cette position médiane adoptée est salutaire pour ce qui est de la prise en compte des pays africains de système *common law* qui devraient si le cadre de référence

²¹³ Ces auteurs consacrent d'importants développements à l'attractivité du droit OHADA aux plans nationaux et à l'échelle internationale. Ils insistent ensuite sur de nombreux points d'attractivité de ce droit nouveau, considération faite, du fond des règles qu'il propose. Voir Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Yaoundé, PUA, 2008, p. 171 et s.

²¹⁴ Dédji KOUNDÉ, *Les actes uniformes de l'Ohada et la croissance économique des États Africains francophones*, Thèse de doctorat en cotutelle, Université de Perpignan, France/Université d'Abomey-Calavi, Bénin, 2005, 339 pp.

²¹⁵ Voir, le 1^{er} chapitre de l'ouvrage de David OSER, *The UNIDROIT Principles of International Contracts : A Governing Law?* pour des développements sur la méthode d'élaboration desdits Principes.

OHADA s'inspire des Principes, y voir une main tendue vers eux²¹⁶ pour une adhésion à l'Organisation. L'espace OHADA n'en sortira que plus fort juridiquement, politiquement et économiquement; ce dernier acquis potentiel (l'adhésion d'États de *common law*) étant un des objectifs à terme de l'OHADA.

[90] L'attractivité économique des Principes UNIDROIT est une réalité concrète mais diffuse. Difficile à cerner en termes de chiffres²¹⁷, elle n'en demeure pas moins effective et décodable à travers les objectifs exprimés et atteints par ces Principes. En effet les Principes sont appliqués par les tribunaux arbitraux, les juridictions internes et internationales comme règle de droit gouvernant le contrat. Ils sont aussi des moyens d'interprétation et d'application de règles diverses, des guides de rédaction pour les législateurs nationaux et internationaux, des sources d'inspiration pour des chercheurs et autres autorités académiques et juridictionnelles. Autant de réalités qui en font des règles dont on gagnerait à s'inspirer - et pas à reproduire *in extenso* - pour rendre encore plus attractif juridiquement et économiquement l'espace OHADA.

[91] On pécherait par maladresse si on ne reconnaissait pas que l'attractivité des Principes UNIDROIT et partant celle de l'espace OHADA découlerait également de certaines caractéristiques fondamentales des Principes notamment leur vocation à favoriser le maintien, la sauvegarde du contrat²¹⁸ chaque fois que cette éventualité est possible. Ce trait de caractère prononcé des Principes garantirait dans une proportion relative, une

²¹⁶ De la même façon qu'en droit contractuel camerounais, le maintien des deux concepts de cause et consideration est salutaire, une analogie est possible avec les droits contractuels des États de *common law* comme le Ghana ou le Nigéria. En effet, au Cameroun, il subsiste en parfaite harmonie la cause dans le Code civil du Cameroun et la *consideration* dans la *law of contract* (jurisprudentiel) applicable aux provinces anglophones camerounaises.

²¹⁷ V. cependant pour des statistiques britanniques et à l'international, Sarah LAKE, « An Empirical Study of the Unidroit Principles. International and British Responses », *Unif. L. Rev. / Rev. Dr. Unif.* 2011-3, Vol. XVI, p. 669 et s. Pour des statistiques relatives à l'usage et l'influence des PU en matière de résolution des différends internationaux, V. Eleonora FINAZZI AGRO, « The Impact of the Unidroit Principles in International Dispute Resolution in Figures », *Unif. L. Rev. / Rev. Dr. Unif.* 2011-3, Vol. XVI, p. 719-733

²¹⁸ C'est le principe de la *favor contractus* qui sera étudié à la Partie 2/Titre 1/Chapitre 1/Section 1/Paragraphe 2.

sécurité des transactions qui aurait un réel impact sur les échanges commerciaux dans l'espace OHADA. L'attractivité économique des Principes influencera ainsi positivement la réforme du droit des contrats dans l'espace OHADA.

[92] Il est impossible de passer sous silence les nombreux autres avantages économiques qui militent en faveur de la consécration circonstanciée des Principes dans le contexte africain de l'OHADA. D'abord, tentons un parallèle entre le droit des contrats et la théorie économique de la *zone monétaire optimale*²¹⁹ afin d'établir le premier avantage de cette harmonisation inspirée des Principes. La consécration des Principes UNIDROIT aura le mérite de créer une « zone juridique optimale »²²⁰ où il y aura moins d'effets négatifs externes entre États²²¹. Comme c'est le cas en matière de politique monétaire avec les zones monétaires optimales, les États membres de l'OHADA incapables de supporter le coût de la modification individuelle de leur législation contractuelle ont tout avantage à ce qu'une législation uniforme et efficiente comme celle des Principes inspire et soit adaptée à tous les États de l'OHADA vu qu'ils ont des échanges commerciaux entre eux. Ainsi, des transferts d'effets négatifs transfrontaliers sont exclus car aucun État ne peut transférer à l'autre les coûts de réforme²²² de son droit des contrats, les mêmes règles s'appliquant et

²¹⁹ Une zone monétaire optimale est une région géographique dans laquelle il serait bénéfique d'établir une monnaie unique. La théorie de la zone monétaire optimale a été développée dans les années 1960, principalement par Robert MUNDELL. Une zone monétaire optimale peut regrouper plusieurs pays ou ne concerner que quelques régions d'un grand pays. La théorie de la zone monétaire optimale tente d'évaluer l'opportunité de l'[union monétaire](#) entre pays. Cette union monétaire est censée produire des avantages économiques, tels que l'élimination des coûts de transaction. Toutefois, elle implique pour les pays adhérents de renoncer chacun à leur [politique monétaire](#) propre. Extrait de Wikipédia, http://fr.wikipedia.org/wiki/Zone_mon%C3%A9taire_optimale, consulté le 05 avril 2012.

²²⁰ L'expression est empruntée à Bruno DEFFAINS, « Harmoniser le droit des contrats en Europe : une perspective économique », dans Christophe JAMIN (dir.) *Droit et économie des contrats*, L.G.D.J., 2008, p. 282.

²²¹ Il y a effet négatif externe lorsque l'*activité* d'un État a une influence négative sur la satisfaction d'un autre État. Dans notre cas avec l'AUDC ces effets seraient réduits car la même législation internationale inspire l'AUDC et ses règles d'application et d'interprétation sont établies. Pour une définition en économie, V. Effets externes sur http://econo.free.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=28, consulté le 05 mai 2012.

²²² L'exemple classique est celui du droit de l'environnement où les citoyens d'un État sont contraints à supporter les coûts de pollution engendrés par des ressortissants d'un autre pays.

les coûts se répartissant uniformément. Cet argument est spécifiquement valable en droit des contrats si ces derniers sont relatifs aux transactions ayant des répercussions intracommunautaires comme c'est le cas avec les pays membres de l'OHADA. Aussi, s'ajoute la suppression de la limite relative à l'impossibilité que les effets négatifs externes soient gérables individuellement par les États. Il ne fait aucun doute que la plupart des pays membres de l'OHADA auraient de sérieuses difficultés à affronter seuls et avec efficacité le marché international et même communautaire avec leur législation contractuelle actuelle. L'argument économique de suppression (répartition) des coûts de réforme, couplé à celui de distribution des effets négatifs transfrontaliers (suppression du risque d'endossement individuel de ces coûts) est une raison de taille militante en faveur de cette consécration des Principes. Ladite consécration permet simplement une meilleure compétitivité des États africains de l'OHADA en matière de commerce international. Les risques étatiques individuels qu'on devrait craindre sont distribués entre tous les États qui accepteraient de moderniser en uniformisant leurs règles sur la base des Principes comme meilleur instrument œuvrant à cette finalité.

[93] Ensuite, l'harmonisation du droit des contrats mais surtout la consécration contextualisée des Principes réduirait considérablement les coûts de transaction ainsi que les coûts d'information. Moins les règles sont prévisibles et donc différentes, et plus les coûts d'information augmentent et conséquemment le nombre de cas soumis à des instances judiciaires. On ne saurait affirmer aujourd'hui que les Principes UNIDROIT ne présentent pas assez de prévisibilité pour permettre la réduction des coûts de transactions s'ils servaient de source d'inspiration à la réforme du droit des contrats de l'OHADA. De plus, en général, les critères qui empêchent de retenir l'harmonisation comme étant avantageuse dans la plupart des cas sont relatifs à ce que la doctrine qualifie de « coûts d'adaptation » auxquels on peut raisonnablement ajouter d'éventuels coûts d'interprétation.

Dans notre cas, ces coûts d'adaptation liés à la transplantation des nouvelles règles (*legal transplant*²²³), aux différences de langue, de terminologie, seraient très réduits. Non seulement les règles établies par UNIDROIT sont connues et pour partie déjà appliquées dans les relations contractuelles en Afrique et ailleurs, mais aussi la terminologie utilisée ici n'est ni vague, ni variable. Elle ne le deviendra pas juste parce que les Principes s'appliqueraient en Afrique. En ce qui concerne la langue, la transposition adaptée des Principes UNIDROIT ne crée aucun coût puisqu'ils existent en version française, anglaise, portugaise et espagnole qui sont les langues officielles de l'OHADA depuis la révision du Traité en 2008 à Québec. Coûts de transaction et coûts d'information sont ainsi donc plus réduits avec la transposition circonstanciée des Principes dans le contexte de l'OHADA. Pour ce qui est des coûts éventuels d'interprétation, il faut souligner que contrairement aux autres hypothèses de transposition juridique où il n'est pas assuré une interprétation uniforme de la norme transposée, l'OHADA avec la CCJA résout ce problème²²⁴. En effet, s'exprimant dans le contexte de l'Union européenne, Bruno Deffains²²⁵ l'a bien rappelé lorsqu'il écrivait que « des règles harmonisées ne peuvent contribuer à réduire l'incertitude que si l'interprétation du droit est uniforme dans les différents États membres. », ce qui est bien le cas dans l'OHADA. Les juges communautaires africains auront ainsi accès à une

²²³ V. Alan WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, 106 pp. Pour l'une des premières analyses quasi-exhaustives du phénomène de transplantations juridiques.

²²⁴ Dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles, opposables à celles arbitrales, la CCJA, par le mécanisme du pourvoi en cassation, connaît du contentieux relatif à l'application de tous les Actes Uniformes de l'OHADA. C'est l'article 14 alinéa 3 dudit Traité qui permet que « saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales ». En plus, l'uniformité d'interprétation est assurée par le fait que l'article 14 alinéa 5 du Traité prévoit qu'« en cas de cassation, elle [la CCJA] évoque et statue au fond ».

²²⁵ Bruno DEFFAINS, « Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », dans Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD et André PRŮM (Dir.), *Le contrat en Europe : aujourd'hui et demain. Colloque du 22 juin 2007*, Société de Législation comparée, Paris, 2008, p. 93.

jurisprudence constante et faisant autorité sur le plan international sur laquelle ils se baseront si nécessaire pour construire le nouveau droit prétorien des contrats de l'OHADA.

[94] Par ailleurs, l'adoption des Principes UNIDROIT par l'OHADA ferait du droit contractuel africain un droit un peu plus "efficace" pour répondre à certaines critiques²²⁶ avancées récemment par la Banque Mondiale à l'encontre des droits de tradition civiliste en général. Il ne s'agit pas là d'un simple argument de rhétorique puisque ces critiques ont à notre sens beaucoup influencé le nouveau Plan d'action de la Commission européenne en matière de droit des contrats; Plan qui se préoccupe clairement de comment augmenter la compétitivité des pays européens sur le marché mondial face à l'économie américaine. Si l'Union européenne à travers la Commission prend à cœur les questions d'efficacité du système juridique européen, comment ne pas rester "scotchés" lorsqu'on s'aperçoit que des juristes de la trempe du professeur Grimaldi, uniquement dans l'objectif de protection du droit continental²²⁷, en dehors de la France, et sans aucun bémol affirme que « [r]ien, par exemple ne justifierait que l'OHADA proposât à ses États membres un droit uniforme des obligations qui, inspiré des règles UNIDROIT, serait en rupture complète avec la tradition civiliste qu'ils ont en commun. »²²⁸. De prime abord, il ne s'agit aucunement d'une rupture complète avec la tradition civiliste mais d'une épuration de certaines règles et principes qui même en France et ailleurs dans les systèmes de tradition romaniste, peinent à se maintenir tellement ils ont subi des coups de boutoir venant de la

²²⁶ Les critiques que la Banque Mondiale a fait siennes ont pris par le canevas des rapports *Doing Business*. V. le site <http://français.doingbusiness.org/reports>, consulté le 05 avril 2013, pour des informations précises sur les différentes critiques adressées au fil des années sur les systèmes juridiques romano-germaniques. Voir cependant les précisions apportées au fil des années à ces rapports *Doing business* au sujet des États de l'OHADA.

²²⁷ L'auteur définit le droit continental comme un « droit que les comparatistes distinguent de la *common law*, et qu'ils désignent parfois des termes de *Civil law*. Il s'agit donc d'un système, d'une culture, d'une tradition, d'une famille juridique, que l'on dit romano germanique, latine, civiliste ou encore...continentale », dans Michel GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, p. 293 et s., spéc. n° 13). Voir aussi www.fondation-droitcontinental.org, consulté le 06 avril 2013 pour plus de détails.

²²⁸ Michel GRIMALDI, *id.*, 2009, p. 301.

jurisprudence et de la doctrine. Cette ouverture que prônent les Principes au *common law* et au droit civil permet aussi de réduire la compétition inter-systèmes, ce qui est utile pour la réalisation de l'intégration économique des marchés en Afrique.

[95] Enfin, le recours à l'arbitrage que promeuvent les Principes est un facteur prépondérant de fiabilité du système judiciaire de l'OHADA qui concourt à terme à une meilleure attractivité économique de l'espace. En effet, il est clair actuellement qu'en favorisant comme UNIDROIT, le recours à l'arbitrage, l'OHADA a rassuré un certain nombre d'investisseurs qui avaient une crainte des systèmes nationaux de reddition de la justice. L'objectif est donc de renforcer le recours à l'arbitrage en droit OHADA, en s'inspirant des Principes afin d'atteindre indirectement cette fiabilisation du système judiciaire OHADA gage d'une meilleure attractivité économique de l'espace.

[96] En s'inspirant des Principes et en confirmant son choix de l'arbitrage, le législateur de l'OHADA aurait un autre avantage majeur conséquent : celui de pouvoir consacrer les Principes UNIDROIT comme *lex contractus*²²⁹ subsidiaire en l'absence de choix des parties en droit OHADA.

B- Les Principes comme loi applicable en l'absence de choix des parties

[97] Un intérêt majeur de s'inspirer des Principes UNIDROIT pour la réforme du droit des contrats OHADA est la possibilité qu'ils offrent en cas de silence des parties sur la loi applicable à leur contrat, de les choisir comme loi subsidiaire applicable. En principe, en droit international privé, dans une telle situation, le juge détermine la loi applicable en opérant un rattachement objectif au regard des liens du contrat avec les éléments

²²⁹ Signifie "loi contractuelle" ou "la loi du contrat". Le principe de liberté contractuelle permet d'affirmer que le contrat fait la loi des parties, pourvu qu'il ne déroge pas à l'ordre public. Mais l'expression *lex contractus* est plus souvent employée pour désigner la loi applicable au contrat selon les règles du droit international privé. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^{ème} édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 313, V. *lex contractus*.

d'extranéité²³⁰. Les textes du DIP, notamment l'alinéa premier de l'article 4 de la Convention de Rome²³¹ impose le recours au critère du « lien le plus étroit » pour l'identification de la loi applicable. Selon de nombreux auteurs, cette règle de proximité est le principal critère²³² de rattachement en matière de choix de loi applicable même si des termes de cette disposition, il faut exclure par interprétation, toute allusion à une législation extra-étatique²³³ comme les Principes UNIDROIT.

[98] Il est cependant permis de penser que dans certains cas, le silence des parties est l'expression d'une intention précise et délibérée de ne pas soumettre leur contrat à un droit national précis. Cette intention délibérée peut découler du fait que le contrat présente des ramifications avec une multitude de droits nationaux sans que l'un particulier se démarque. On peut aussi dans certaines circonstances déduire que ce silence est révélateur en ce sens qu'implicitement il permet de déduire l'intention des parties ou la réalité des négociations²³⁴. Telle est de toute manière l'interprétation qui découle des commentaires officiels des Principes, plus précisément de ceux du quatrième paragraphe du Préambule²³⁵. Sans nous étendre sur cette possibilité, nous considérerons seulement dans cette partie la situation factuelle qui consiste à se retrouver devant le juge communautaire

²³⁰ Caractère de ce qui est étranger, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008.

²³¹ Convention de Rome du 19 juin 1980 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

²³² Critère non expressément défini par l'article 4 de la Convention de Rome. Il est juste délimité à *contrario* par les alinéas 2, 3 et 4 du même article de la même Convention.

²³³ Voir ci-après nos soulignements qui expliquent cette interprétation : *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. 2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique [...].*

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

²³⁴ Ce peut être le cas lorsqu'une des parties est un État par exemple ou un organisme gouvernemental ou parapublic.

²³⁵ Le quatrième paragraphe se lit comme suit : « Ils [les principes] peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. »

OHADA ou l'arbitre sans que des règles uniformes ou étatiques n'aient été désignées par les parties en raison de leur silence²³⁶ ou simplement que les règles matérielles choisies par le phénomène du dépeçage²³⁷, ne contiennent pas la solution à la question objet du litige.

[99] Il ressort déjà de l'intitulé de cette sous-partie que nous ne traiterons pas l'hypothèse traditionnelle où les parties mentionnent leur intention²³⁸ de soumettre leur contrat aux PU. Des auteurs²³⁹ plus avisés que nous y ont consacré des développements conséquents.

[100] Nous ne traiterons pas non plus de l'uniformisation des règles de droit international privé²⁴⁰ (que ce soit des règles matérielles ou des règles de conflit) mais plutôt des situations mettant en présence d'un élément d'extranéité entrant dans le champ d'application de l'AUDC et nécessitant qu'une solution intégrant des règles de droit international privé soit trouvée. Ce choix, critiquable mais assumé, s'explique par la

²³⁶ Il faut rappeler la mise en garde de certains auteurs qui consiste -parfois à raison- à soutenir que le silence des parties ne devrait pas être interprété car objet de simples *supputations sur sa signification*. Voir Catherine KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'UNIDROIT », Rev. crit. dr. internat. privé, Vol. 84, n° 4, Oct.-Déc. 1995, p. 664, spéc. n° 47, note de bas de page n° 70. Cette réticence est communément admise comme avérée lorsque les parties ont inséré des clauses dénommées « *entire agreement clause* » ou « *merger clause* ». Ces clauses visent justement à interdire aux parties ou au juge de rechercher des éléments d'interprétation en dehors du document contractuel. À ce sujet voir Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC 2007-2, p. 481 et s., spéc. p. 487.

²³⁷ Le dépeçage consiste en l'option offerte par la Convention de Rome du 19 juin 1980 aux parties de « désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement du contrat » en DIP. On peut être en présence de dépeçage lorsque « les parties se réfèrent dans leur contrat, aux usages du commerce international : la loi étatique qu'elles ont désignée ne s'applique alors, subsidiairement, que pour régir les questions de droit laissées sans solution par les usages commerciaux... », Patrick COURBE, *Droit international privé*, Armand Colin, Coll. Compact, Paris, Dalloz, 2000, pp. 300-301. Ou encore pour plus de détails, Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 5^{ième} édition, Paris, Economica, Coll. Corpus de droit privé, 2008, n° 322 et s., spéc. n° 821 et 825.

²³⁸ Cette intention peut découler de la mention des PU dans le contrat ; ou de la référence aux principes généraux du droit ou à la *lex mercatoria* ou encore à l'évocation des usages et pratiques du commerce international que les PU ont tenté de codifier.

²³⁹ Voir Alain PRUJUNER, « Comment utiliser les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle », R.J.T., Vol 36, 2002, p. 561, spéc. p. 567 où l'auteur expose *comment placer les Principes d'UNIDROIT dans la clause de droit applicable?* Aussi, Jeffrey TALPIS, « Retour vers le futur : application en droit québécois des Principes d'UNIDROIT au lieu d'une loi nationale », R.J.T., Vol 36, 2002, p. 609, spéc. p.614 et s.

²⁴⁰ Bien que l'uniformisation du droit implique souvent une entreprise de codification, il faut distinguer les deux techniques. Voir Dominique BUREAU, « La codification du droit international privé », dans Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 2005, p. 119 et s., pour un exposé sur la question de la codification du DIP en droit français plus spécifiquement avec certaines références au plan international.

connaissance du sort fatidique qui fut réservé aux tentatives d'unification du droit international privé, même si, comme le soulignent les professeurs Guillemard et Prujiner²⁴¹, ceci n'équivaut pas à un échec de l'uniformisation. Il se fonde aussi sur les réticences qui existent relativement à l'idée que le droit international privé puisse servir d'instrument d'unification des droits, spécifiquement du droit des contrats. Comme pour nous conforter dans nos écrits, le professeur Glenn avait affirmé que « malgré son potentiel théorique, le droit international privé dans sa forme actuelle ne semble pas très prometteur en tant que moyen d'uniformisation »²⁴². Le choix des Principes UNIDROIT pour régler toute question d'indétermination de la loi applicable semble donc une solution avisée et efficace qui est à envisager.

[101] En théorie, deux catégories de solutions sont souvent préconisées pour régler cette problématique. Les premières peuvent être qualifiées d'imprécises et très libérales en ce sens qu'elles autoriseraient les parties à soumettre leur contrat aux règles de droit de leur choix. Liberté contractuelle à outrance - sommes-nous tentés de dire - car cela conduit à considérer des stipulations contractuelles d'origines insoupçonnables et parfois douteuses comme l'équivalent de règles d'un État qui s'imposeraient à des juges étatiques dans leur propre *for*.

[102] Les secondes solutions, un peu plus précises, retiennent soit l'« adoption d'une directive générale de sélection », soit l'« énumération des règles non étatiques susceptibles d'être choisies ». Léna Gannagé, traitant du contrat sans loi devant les tribunaux étatiques²⁴³, avait justement reconnu comme seconde alternative, l'existence de solutions

²⁴¹ S. GUILLEMARD et A. PRUJINER, « La codification internationale du droit international privé : un échec? », (2005) 46 *C. de D.* 175, p. 190.

²⁴² H. P. GLENN, « Le ciel tout bleu du droit uniforme », dans Generosa Bran MIRANDA et Benoît MOORE (Dir.), *Mélanges Adrian POPOVICI. Les couleurs du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 448.

²⁴³ Léna GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », dans *Écrits rédigés en l'honneur du professeur Jacques Foyer*, 2008, spéc. p. 428.

médianes à côté de celles purement libérales « qui consistent à étendre devant les tribunaux étatiques les solutions applicables en matière d'arbitrage ». Ces secondes solutions ou « voies moyennes » permettent de « conférer à un nombre restreint de règles non étatiques le label permettant leur élévation au rang de *lex contractus* ». Plutôt que de retenir une kyrielle de règles au contenu, à la portée et à l'efficacité discutables, le système contractuel OHADA a alors tout intérêt à ce que, les Principes UNIDROIT dont les avantages ont pu largement être prouvés et qui inspireront le droit OHADA des contrats, régissent les contrats sans loi entrant dans le champ d'application du cadre de référence OHADA en droit des contrats.

[103] Il est aisé de noter à l'appui de notre argumentaire, que l'arbitrage offre en droit OHADA un excellent exemple d'expérience concluante d'application de sources informelles en général et des Principes UNIDROIT²⁴⁴ en particulier. Cette solution libérale mais encadrée en matière d'arbitrage n'a pas donné lieu à des dérives quant à la sécurité juridique ou encore des solutions critiquables. En effet, en matière d'arbitrage on peut aisément mentionner des décisions dans lesquelles des arbitres ont même écarté des lois nationales pour appliquer les Principes parce qu'ils présentaient les meilleurs liens avec la situation à eux soumise²⁴⁵; ce qui illustre fort bien nos propos.

²⁴⁴ Comme exemple on peut citer ces décisions où le tribunal arbitral a décidé d'appliquer les Principes UNIDROIT en l'absence de toute clause compromissoire ou compromis d'arbitrage ou tout autre possibilité de choix de la loi applicable. Voir www.unilex.info, *decisions of ICC International Court of Arbitration, number 11601*, 2002 where the contract was silent about any applicable law (no choice of law clause) and based on parties' reference in their statement of claim and of defence to individual provisions of the UNIDROIT Principles, arbitral tribunal decides to base its decision on these provisions of UNIDROIT Principles.

²⁴⁵ C'est le cas en 1995 d'une décision de la *London court of arbitration* qui, alors que les parties avaient expressément prévu que leur contrat serait gouverné par les "*Anglo-saxon principles of Law*", décida que les Principes UNIDROIT étaient applicables sans donner une véritable explication dans le cas d'espèce. Voir <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=712&do=case>, consulté le 07 avril 2011.

Un exemple similaire mais parfaitement justifié par les règles de DIP nous est donné par la décision de la ICC International Court of Arbitration, numéro 15089 en date du 15-09-2008 : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1440&do=case>, consulté le 07 avril 2011.

[104] S'il pourrait exister un consensus²⁴⁶ quant à l'opportunité de retenir les Principes UNIDROIT comme loi subsidiaire applicable aux contrats OHADA en absence de choix des parties, il reste tout de même à déterminer les modalités précises d'application de ces Principes comme *lex contractus* afin de finir de convaincre les plus réticents sur cet autre avantage des Principes UNIDROIT dans le contexte de la réforme actuelle du droit africain des contrats.

[105] Au sujet des modalités d'application de cette règle, si l'option avait été de laisser le choix de la *lex contractus* non étatique entièrement libre et uniquement dépendante de la volonté des parties alors auraient été soulevées d'éventuelles questions de protection de la partie faible ou encore d'hierarchisation (coexistence- primauté) entre cette *lex contractus* et le droit communautaire OHADA des contrats. En l'espèce la première difficulté, celle de la nécessaire protection de la partie faible qui aurait pu être évoquée est hors de propos puisque la règle subsidiaire choisie, les Principes UNIDROIT, est non seulement protectrice de la partie faible mais aussi et surtout elle s'impose à toutes les parties au contrat. Le caractère inapproprié de cette possible limite ressort également du fait que les contrats mettant en présence d'un consommateur ou d'un travailleur ne font pas partie du champ d'application de l'Acte uniforme sur le droit des contrats mais de celui sur le droit de la consommation et du droit du travail²⁴⁷, tous les trois en préparation²⁴⁸. Les limites

²⁴⁶ Cet éventuel consensus ferait fi des malaises que l'on pourrait éprouver à la limitation du choix des parties à un seul corpus de règles non étatiques. Ce choix a tout de même à notre sens, le mérite de favoriser la sécurité juridique et judiciaire et d'œuvrer concrètement pour une réelle unification du droit des contrats à long terme en Afrique.

²⁴⁷ Voir pour une présentation d'un état des lieux des législations antérieures à la rédaction de cet Acte uniforme; une analyse des propositions de l'Acte uniforme; le contexte de cet Acte uniforme qui s'inscrit dans une approche multidisciplinaire alliant intérêts patronaux, des salariés, *desiderata* des institutions financières internationales suivant le « consensus de Washington » ainsi que des propositions d'alternatives par rapport à d'autres enjeux de l'harmonisation du droit du travail dans l'OHADA. Cécile Marie José de DRAVO-ZINZINDOHOUE, *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Reims Champagne Ardennes, Atelier National de Reproduction des Thèses, Thèse à la carte, 2009, 453 pp.

²⁴⁸ Les deux autres projets sont l'AU sur le droit de la consommation dont une première mouture a été élaborée par le professeur Thierry BOURGOIGNIE de l'Université du Québec à Montréal (UQAM). Et l'AU sur le droit du travail, dont l'adoption imminente était annoncée pour 2012 sur le site officiel de l'OHADA.

tirées de l'éventualité des contrats de travail ou de consommation ne sont donc pas, en ce qui concerne l'OHADA, applicables puisque ces catégories de contrat n'entrent pas dans le champ d'application actuel de l'AUDC. Envisagé dans le cadre strictement précisé de l'AUDC, l'application de cette règle de désignation du droit applicable en l'absence de choix des parties ne rencontre aucun obstacle dirimant sous réserve de la seconde catégorie de difficultés de mise en œuvre.

[106] Les secondes difficultés d'application envisageables ont trait à l'articulation entre ces principes et le droit étatique des États membres de l'OHADA. Sur ce point encore, le constat est clair qu'aucune limite n'existe. En effet, le Traité de l'OHADA a prévu les hypothèses de cohabitation entre les normes supranationales et celles nationales. Ainsi, la désignation des Principes en l'absence de choix des parties laisse tout de même subsister dans deux hypothèses les règles OHADA. La première, celle où ces Principes sont muets, entraîne l'application de l'AUDC qui fait ici figure de droit national s'appliquant uniformément dans chacun des États membres. La seconde verra les anciennes règles nationales contractuelles s'appliquer dans l'éventualité rarissime où ni les Principes, ni l'AUDC n'auraient prévu de solution à une situation particulière qui pourrait survenir. On assisterait ainsi à une hiérarchisation tripartite mais simple à mettre en œuvre. Si les parties n'ont pas choisi de droit applicable à leur contrat alors les Principes régiront leur contrat et conformément à l'article 1.6 de ces Principes UNIDROIT, les « principes généraux dont ils s'inspirent » viendront compléter l'arsenal ainsi choisi. Si les Principes UNIDROIT n'ont

La version de l'Avant-projet est disponible sur <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/Ohada%20-%20Projet%20AU%20travail.pdf>, dernière consultation le 06 mai 2012. Sur ce sujet, on consultera utilement, Athanase FOKO, « La négociation collective en droit du travail : contribution à l'analyse prospective des normes applicables à la veille de l'adoption d'un nouvel acte uniforme OHADA », Penant n° 858, p. 7. Référence OHADA disponible sur www.ohada.com, dernière consultation le 14 mai 2012, référence Ohadata D-04-31 ou encore Florent LAGER, « Le projet d'Acte uniforme OHADA Droit du travail du 24 novembre 2006 permettra-t-il de faire rentrer l'économie informelle dans le secteur formel ? », Penant n° 866, p. 85, Référence OHADA disponible sur www.ohada.com, dernière consultation le 06 mai 2012, référence Ohadata D-10-29. Dernière consultation le 14 mai 2012.

rien prévu à leur différend, il n'y a pas d'autres choix que de recourir aux règles nationales qui sont en l'espèce les prévisions de l'AUDC pour essayer de trouver une solution au cas présenté. En cas de silence de ce dernier (l'AUDC) et des Principes, ce serait alors les règles nationales préexistantes à l'avènement de l'AUDC qui seront consultées puisqu'elles sont censées compléter le corpus OHADA et ceci malgré leur vétusté.

[107] Pour finir avec cette limite d'application des Principes, il faut rappeler que les Principes en leur version actuelle, reconnaissent tout de même que les stipulations contractuelles doivent s'incliner devant des dispositions impératives de la loi étatique objectivement applicable²⁴⁹. Si cette exigence est toujours à respecter, il faudrait souligner que dans le cadre de la réforme OHADA, une telle imposition ne paraît plus justifiée. En effet, cette exigence découle du fait que conformément à la Convention de Rome, le choix de règles non étatiques comme *lex contractus* équivalait à une absence de choix de loi applicable. Cette absence rendait nécessaire la recherche par le juge saisi de la loi objectivement applicable. Avec l'AUDC et notre proposition, cette réalité juridique devient contradictoire, à la limite absurde. Effectivement, comment expliquer qu'on « impose » aux parties qui se sont abstenues, les Principes UNIDROIT comme loi applicable de plein droit à leur contrat et que par la suite on recherche une loi objectivement applicable dont les dispositions impératives viendraient primer sur celles des Principes. La logique méthodologique nous conduit donc à comprendre et conclure ce qui suit : par ce choix unique de loi subsidiaire applicable aux contrats dans l'AUDC en absence de choix des parties, le législateur OHADA ferait ainsi économie de toute procédure de recherche d'une loi objectivement applicable et éviterait aussi par la même occasion tout conflit de lois qui pourrait être décelé à travers la consultation d'une loi tierce. Ce choix s'impose aussi au

²⁴⁹ Ceci ressort clairement du libellé de l'article 1.4 des Principes UNIDROIT. Voir à ce propos l'article de Marcel FONTAINE, « Du droit "mou" impératif », dans *Études offertes au Professeur Barthélémy MERCADAL*, Éditions Francis LEFEBVRE, 2002, pp. 159-167.

regard du constat évident suivant lequel, la loi tierce objectivement applicable dans l'espace OHADA serait en toute vraisemblance l'AUDC puisqu'en vertu de l'unification qui s'y serait opérée, ce serait l'AUDC qui s'appliquerait dans tous les pays membres de l'OHADA. L'hypothèse d'une contradiction entre la *lex contractus* ainsi choisie (les Principes UNIDROIT) et les règles impératives de la loi objectivement applicable (l'AUDC) étant ici très réduite sinon quasi-inexistante.

[108] Un autre intérêt majeur de cette éventualité de choix des Principes comme règle applicable d'office au contrat OHADA en l'absence de choix des parties est la suppression des délais juridictionnels qui existaient du fait que le juge devait consulter les règles de droit international privé pour savoir quels types de règles avaient légitimement vocation à s'appliquer. Il y a donc un effet non négligeable d'accélération du rendement de la justice qui se couple aux avantages susmentionnés. On évite aussi par la même occasion cette propension de plus en plus affichée qui tend vers un gouvernement des juges²⁵⁰ que nous nous autorisons à décrier partiellement. Ces derniers n'ayant d'autre option ici que de vérifier la teneur des Principes pour les appliquer au contrat des parties. En définitive, si cette solution était retenue, il n'existera quasiment plus de contrat sans loi en droit OHADA des contrats²⁵¹. L'avancée serait notoire et unique une fois encore puisque même en matière d'arbitrage contractuel, l'arbitre est toujours obligé de déterminer la loi applicable. L'OHADA ferait ainsi une vraie œuvre de rénovation par innovation.

²⁵⁰ Séverine BLONDEL, Norbert FOULQUIER et Luc HEUSCHLING (Dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001. Pour une vue internationale de la question dans près d'une dizaine de droits nationaux mais sous un angle précis, Voir, Louis VOGEL (Dir.), *Droit Global Law. Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2005.

²⁵¹ Hypothèse uniquement valable pour les contrats régis par l'AUDC, inspiré des Principes et qui entraînerait la rétention par le législateur communautaire africain de ces Principes comme *lex contractus* en l'absence de choix des parties. Les cas d'autres AU régissant éventuellement des contrats spéciaux futurs ne seraient donc pas pris en compte et viendraient relativiser l'affirmation ainsi faite.

[109] Malgré tous ces avantages, certains facteurs sont à considérer qui rendent l'entreprise difficile et plus que problématique dans le contexte africain. En effet, des lacunes émaillent les Principes UNIDROIT tels qu'ils sont actuellement proposés dans l'AUDC.

SECTION 2 : La pertinence relative du modèle UNIDROIT choisi par l'OHADA

[110] Voir au-delà des Principes UNIDROIT ne peut se faire qu'après avoir relevé les limites qu'il y a à s'en inspirer aussi bien de façon générale que sur la base des propositions contenues dans l'Avant-projet. Nous nous étendrons plus dans cette partie sur les lacunes de l'Avant-projet directement issues des Principes. Des améliorations plus contextuelles au continent africain seront proposées dans notre seconde partie relative à la construction d'un droit africain des contrats. Identifier ces lacunes n'est pas aussi aisé qu'on pourrait le penser au premier abord. Surtout que certaines portent sur la substance même des Principes (**Paragraphe 1**) alors que d'autres tout en restant liées aux Principes découlent plus de l'Avant-projet notamment de l'adaptation nécessaire des Principes. (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les lacunes de fond des Principes

« Quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde au cou. La proposition paraît-elle louable et utile, l'auteur se retire, la vie sauve. Sinon on serre la corde, et c'est la mort », J. De Romilly²⁵².

²⁵² J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2001, p. 216.

[111] La citation précédente n'est pas sans nous rappeler la situation actuelle de l'avant-projet Fontaine qui par euphémisme, n'est pas loin d'un état de mort intellectuelle. Bien que la critique soit aisée et l'art difficile²⁵³, on ne peut effectuer des améliorations qu'en critiquant de façon constructive. De façon générale on peut souligner que l'Avant-projet fut un simple *Restatement* des Principes mais pas un *Restatementafricain* comme il se devait d'où ses nombreuses lacunes de fond tenant pour la plupart au contenu des Principes d'UNIDROIT mais aussi à la spécificité de l'environnement africain (A-). Nous pourrions alors à la suite de l'exposé de ces lacunes de fond, mentionner quelques entraves contextuelles de mise en œuvre des Principes d'UNIDROIT qui pourront être réduites voire levées grâce à quelques mesures prospectives que nous proposons (B-).

A- L'incomplétude tenant aux règles de fond reprises dans l'AUDC

[112] Sans devancer nos développements relatifs au champ d'application de l'AUDC, nous nous fondons sur le projet d'Acte uniforme tel que déposé au secrétariat de l'OHADA avec l'option proposée par son rédacteur. En effet, M. Fontaine proposait la rétention d'un droit des contrats applicable tant aux contrats civils qu'à ceux commerciaux. Dans cette logique, les lacunes suivantes peuvent être relevées. Il est unanimement admis que les Principes UNIDROIT régissaient dans leur version de 1994 les contrats internationaux du commerce spécifiquement sans toutefois faire le tour de l'ensemble du droit des contrats. Les questions abordées dans cette première édition²⁵⁴ furent complétées dans la deuxième

²⁵³ Paraphrase d'une citation attribuée à Philippe NÉRICHAULT DESTOUCHES et qui serait une traduction tirée de Polybe : *HISTOIRE*, Livre XII, C XI, 25c, 5, disponible sur http://fr.wiktionary.org/wiki/la_critique_est_ais%C3%A9e_mais_l%E2%80%99art_est_difficile, dernière consultation le 06 mai 2013.

²⁵⁴ Il s'agissait principalement de la formation, la validité, l'interprétation, le contenu, l'exécution et l'inexécution du contrat.

version de 2004²⁵⁵ avec celles de la représentation²⁵⁶, la stipulation pour autrui²⁵⁷, la compensation²⁵⁸, la transmission des obligations et la prescription extinctive principalement. Cependant, toutes les matières n'ont toujours pas été couvertes déjà quant à la réglementation des contrats du commerce international, encore moins pour ce qui est des contrats internes des États membres de l'OHADA.

[113] Il est sûrement trop aisé de reprocher à l'Avant-projet d'être resté collé aux Principes UNIDROIT. Même si la remarque est fondée, elle pourrait recevoir la simple et avérée objection que le projet a été élaboré conformément au "cahier de charges" adressé au secrétariat d'UNIDROIT par le secrétariat permanent de l'OHADA. Le Conseil des Ministres de l'OHADA n'avait « pas fourni de précisions quant aux modalités idoines de la préparation du projet d'Acte uniforme »²⁵⁹. On ne peut cependant s'arrêter à ce constat car le souci de l'élaboration d'un droit des contrats africain simple, moderne et vecteur d'amélioration des activités économiques dans l'espace africain nous pousse à aller plus en profondeur.

[114] Dans cette veine, on se rend compte avec le professeur Paul Gérard POUGOUÉ que même en voulant suivre la logique préconisée par le rédacteur de l'AUDC, le projet souffre de nombreuses lacunes. Le professeur Marcel Fontaine, avec l'humilité intellectuelle qu'on lui connaît, a déjà pu écrire dans les commentaires de l'Avant-projet

²⁵⁵ Cette version fut complétée par celle de 2010 (211 articles par rapport aux 185 articles de l'édition 2004) actuellement en vigueur et qui contient des dispositions nouvelles sur la restitution en cas d'annulation du contrat, l'illicéité, les conditions, et la pluralité de débiteurs et de créanciers.

²⁵⁶ Article 2.2.1 et suivants de la version de 2004 des PU.

²⁵⁷ Art. 5.2.1 et s. de la version de 2004 des PU.

²⁵⁸ Art. 8.1 et s. de la version de 2004 des PU.

²⁵⁹ Les seules lignes directrices découlent d'une lettre du Secrétaire Permanent de l'OHADA au Secrétaire Général d'UNIDROIT en date du 22 avril 2002. UNIDROIT était ainsi chargé de la rédaction d'un avant-projet qui devra « tenir compte de l'évolution internationale récente en matière de droit des contrats; et intégrer aussi bien les préoccupations des systèmes juridiques romano-germaniques que celles de la *Common law* ... ». Voir Idrissa KÉRÉ, « L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires », spéc. page 200, note 6 in *Actes du Colloque de Ouagadougou, 15-17 nov. 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats*, Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2008, n° 1 et 2, 676 p.

d'Acte uniforme sur le droit des contrats qu' « [u]n examen attentif révèle néanmoins la subsistance de quelques lacunes dans les Principes d'UNIDROIT »²⁶⁰. C'est ainsi que le futur droit OHADA des contrats dans sa version projetée ne comporte presque pas de règles relatives à la théorie générale des obligations. L'auteur du projet ne s'en cache d'ailleurs pas puisqu'il a pu affirmer sous d'autres cieux que l'Avant projet « ne concerne que les obligations contractuelles et quelques matières de la théorie générale des obligations »²⁶¹. Plutôt que *quelques matières de la théorie générale des obligations* qui sont couvertes, ou encore *quelques lacunes qui subsistent dans les Principes UNIDROIT*, c'est toute une théorie cohérente des obligations civiles et commerciales moderne qui fait défaut. C'est un futur droit qui gagne certes à s'inspirer des Principes, mais mieux que ça, c'est un droit effectif, respectant le fonds contractuel africain qui est nécessaire.

[115] On remarque ainsi que l'AUDC, étroitement collé aux Principes UNIDROIT, pêche en ne proposant aucune règle sur :

- *Les sources des obligations*

[116] À ce sujet, sans entrer dans des développements exhaustifs, une étude des droits positifs dernièrement réformés en Afrique après les indépendances, aurait permis de se rendre compte des grandes lignes directrices de ces codifications africaines sur ce point précis, que l'on aurait pu par la suite mettre à jour. Il s'agit des lois sénégalaises²⁶² portant Code des obligations civiles et commerciales, de la loi malienne²⁶³ et de celle malgache²⁶⁴

²⁶⁰ Marcel FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif., 2004, n° 2, p. 265.

²⁶¹ Marcel FONTAINE, *Id.*

²⁶² Les lois sénégalaises concernées ici sont notamment la Loi n° 63-62 du 10 juillet 1963, entrée en vigueur le 15 janvier 1967 et qui couvrait les règles générales du droit des obligations; la Loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 relative aux contrats spéciaux aussi entrée en vigueur le 15 janvier 1967 et la Loi n° 76-60 du 12 juin 1976 consacrée à la garantie des créanciers. On ajoutera aussi même si elle n'est pas pertinente pour les fins de cette partie, la Loi n° 85-40 du 29 juillet 1985 portant Code des Sociétés et du Groupement d'Intérêt Économique.

²⁶³ Pour ce qui est du Mali, nous faisons notamment allusion à la Loi n° 87-31/ AN-RM du 29 août 1987.

portant théorie générale des obligations. La mise à jour pourrait se faire par comparaison aux autres récentes codifications nationales ou projets de codification que sont ceux du Québec²⁶⁵ et de la France²⁶⁶ pour ne mentionner que ceux-là. En effet tout le livre premier du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal est dédié aux sources des obligations et comprend trois titres différents assez explicitement articulés en 123 articles (39²⁶⁷ à 161). Quant au droit malgache des obligations, une étude des titres premier, deux et trois aurait permis de cerner la quintessence des sources du droit malgache des obligations qui aurait pu servir de tremplin d'inspiration également. On mentionnera pour finir le titre 2 (Les Actes juridiques), chapitre 1 et 2 ainsi que le titre 3, sous-titre 2 (Les faits profitables générateurs d'obligations) qui permettent dans le Code malien des obligations d'avoir une vue précise sur la question des sources des obligations.

[117] Pour ce qui est des codifications récentes mentionnées antérieurement comme tremplin de comparaison, on peut retenir pour commencer que la consultation du Code Civil du Québec (C.c.Q.) est évidemment très utile pour l'objet visé. En effet, le C.c.Q. à son livre cinquième (Des Obligations), Titre 1^{er}, Chapitre 2- Sections 1 et 2 et chapitre 4 regroupe les règles entourant les sources des obligations et elles sont un type de codification récente, claire et adaptée à un environnement bilingue et bijuridique, ce qui est un avantage non négligeable en l'espèce pour le droit des contrats OHADA. Ensuite, un regard outre-Atlantique conduit à nous pencher sur l'Avant-projet Catala de réforme du droit français des obligations et de la prescription qui propose les articles 1101 à 1103 pour

²⁶⁴ La Loi malgache en question est celle du 02 juillet 1966 qui reprend avec quelques correctifs mineurs les textes ci-après : L'ordonnance n° 62-007 du 31 juillet 1962 sur la preuve des obligations civiles, L'ordonnance n° 62-037 su 19 septembre 1962 sur les obligations envisagées indépendamment de leur source et la Loi n° 65-003 du 9 juin 1965 sur la source des obligations.

²⁶⁵ Code civil du Québec adopté en 1991, il est entré en vigueur en 1994.

²⁶⁶ Référence faite à l'Avant-projet CATALA, de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (livres III, IV du Code civil français notamment les contrats, les quasi-contrats, la responsabilité civile et la prescription).

²⁶⁷ Selon l'article 39 du code sénégalais, les obligations naissent du contrat, du délit générateur de responsabilité civile de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause.

une « présentation inaugurale » des sources d'obligation. Les concepteurs ont si tant perçu l'importance de cette section du droit des obligations qu'ils en ont abondamment débattu et ont chargé le professeur Gérard Cornu de la présenter. Ce dernier a ainsi eu l'occasion d'écrire que « [c]ette introduction aux sources principales d'obligations est **une mise en perspective**. Il est en effet essentiel de mettre au contact les unes des autres des **notions fondamentales qui sont coordonnées** ... »²⁶⁸. Cette affirmation, si besoin était, donne encore plus de poids à la nécessité de combler cette lacune de l'Avant-projet OHADA découlant des Principes UNIDROIT en réservant des articles à la question des sources des obligations.

[118] On peut enfin dans la même lancée, faire appel au Code Suisse des Obligations même s'il n'est pas récent²⁶⁹ pour convier le législateur de l'OHADA à consulter la partie générale de ce code, précisément le Titre 1^{er} consacré à la formation des obligations, où les sources des obligations sont en général mentionnées. Toutes ces références sont citées sans prétention d'exhaustivité mais avec l'assurance préalable qu'elles ont prévu des sections relatives aux sources des obligations et à un régime général des obligations; ce qui est *a priori* le cas de la plupart des codifications de droit des obligations si tant est que l'objectif est de régir les contrats civils et commerciaux comme le propose l'auteur de l'Avant-projet.

- *Un régime général des obligations contractuelles*²⁷⁰

²⁶⁸ Voir Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Ministère de la Justice, La documentation Française, Paris, 2006, avec les commentaires de Gérard CORNU pour l'introduction et les sources des obligations, p. 19-27, spéc. p. 25. Les soulignements sont de l'auteur original des commentaires.

²⁶⁹ Le Code des Obligations suisse fut adopté le 30 mars 1911 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

²⁷⁰ Le régime général des obligations contractuelles implique que la responsabilité civile délictuelle est *de facto* exclue de ce champ et ne devrait pas être régie par l'AUDC. Ceci entraîne un éclatement du droit civil des contrats OHADA mais l'éclatement est nécessaire à notre avis pour éviter un transfert de compétence trop étendu à la CCJA au détriment des cours suprêmes nationales.

[119] Dans la droite ligne des constats qui précèdent, un régime général des obligations fait défaut dans l'avant-projet et il serait indispensable d'y remédier en employant une méthode similaire à celle qui est proposée dans le paragraphe précédent concernant les sources des obligations. Cette approche permet de bénéficier d'un fonds contractuel africain déjà codifié duquel on part, quitte à le solidifier en l'adaptant d'une part aux spécificités des autres États membres de l'OHADA. Elle permet d'autre part de satisfaire le besoin récurrent de modernité des législations africaines sans que ces dernières ne perdent leur identité à travers un projet trop collé aux Principes UNIDROIT. Le risque étant de noyer le régime contractuel général des obligations en Afrique, en le limitant à des Principes qui ne contiennent pas toutes les règles censées régir les contrats internationaux et internes en Afrique.

[120] Plus spécifiquement encore, le professeur Pougoué a pu déceler une certaine absence de « cohérence » de l'ensemble du projet d'harmonisation du droit des contrats. Cette lacune découle de nombreux constats tels que :

- *L'absence de délimitation de l'objet du contrat*

[121] Cette absence n'empêche tout de même pas que l'article 3.3²⁷¹ de l'Avant-projet régisse la question de l'impossibilité initiale intimement rattachée et dépendante de la définition préalable de l'objet du contrat.

- *L'omission de toute règle générale relative à la durée du contrat (contrat à durée déterminée notamment)*

[122] A ce sujet, l'article 5.1.8²⁷² prévoit la possibilité pour chaque partie de résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis d'une durée raisonnable.

²⁷¹ Art. 3.3. « 1- Le seul fait que, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations ne porte pas atteinte à la validité du contrat.

2- Il en est de même si, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties ne pouvait disposer des biens qui en faisaient l'objet. ».

- *La carence remarquable dans la proposition, de règles clarifiant le droit à la résolution du contrat.*

[123] L'Avant-projet prévoit les règles relatives : aux conditions ouvrant droit à résolution, à la notification de la résolution, aux effets de la résolution mais à aucun moment en prélude à ces points spécifiques, le principe même du droit à la résolution²⁷³ n'est évoqué clairement. Ce faisant, nous avons jugé impertinent de développer comme lacunes actuelles, toutes les questions déjà soulevées par le professeur Marcel Fontaine lui-même²⁷⁴ et qu'il a notamment essayé de régler en proposant des dispositions²⁷⁵ à ce sujet dans l'Avant-projet. Nous retiendrons simplement que des améliorations contextuelles peuvent être apportées en consultant les textes de droit des obligations du Mali et du Sénégal et pourquoi pas ceux vétustes des autres États membres de l'OHADA si les modèles suivis s'écartent un peu trop des réalités africaines. De façon incidente, nous avons également écarté des lignes précédentes, toute référence à l'absence de dispositions sur les offres réelles et la subrogation consentie par le débiteur puisque d'une part, leur absence a fait l'objet d'une explication²⁷⁶ de la part de l'auteur et que d'autre part, leur

²⁷² Article 5.1.8 : (Contrat à durée indéterminée) Chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis d'une durée raisonnable.

²⁷³ Rappelons toutefois que la Section 3 intitulée "Résolution" voit son premier article 7.13 affublé du titre "Droit à la résolution" sans que ce droit ne soit clarifié dans son principe. Dans cet article il est plutôt détaillé simplement et directement les conditions ouvrant droit à la résolution et pas le principe lui-même du droit à la résolution et ses nuances conceptuelles. À titre d'exemple, dans la *Loi relative à la théorie générale des obligations malgache du 02 juillet 1966*, ce principe de la résolution fait l'objet de l'article 164 (Section 4 : inexécution des contrats) qui définit la résolution en la distinguant dans l'article suivant de la résiliation, avant que dans les articles qui suivent il ne soit précisé les conditions d'ouverture et le régime général de la résolution comparativement à la résiliation du contrat.

²⁷⁴ Marcel FONTAINE, Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, n° 53, reproduit dans les *Actes du Colloque de Ouagadougou, 15-17 nov. 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats*, Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2008, n° 1 et 2, 676 p., spéc. p. 583.

²⁷⁵ Mentionnons tout de même ces questions qui sont : l'illicéité (art. 3/1); les nullités (art. 3/12 à 3/14); la relativité des conventions (art. 5/10 à 5/11); la promesse de porte-fort (art.5/18); la déchéance du délai d'exécution (art. 6/6); la personne entre les mains de qui l'exécution s'effectue (art. 6/8); l'exécution au détriment d'un créancier saisissant (art.6/9); l'exécution par un tiers (art. 6/10); la confusion (art. 9/2 à 9/3); les obligations conditionnelles, solidaires et alternatives (art. 10/1 à 10/21); l'action oblique (art. 13/1 à 13/4); action en inopposabilité (art. 13/5) et simulation (art. 13/6 à 13/8).

²⁷⁶ Voir Marcel FONTAINE, *ibid.*, note 53.

pertinence dans le cadre du droit africain des contrats ne nous semblait pas avérée. De plus, le professeur Fontaine a clairement mentionné la possibilité de les intégrer tout de même advenant cette volonté de la part du législateur de l'OHADA.

[124] Nous avons aussi fait l'économie de traiter quatre autres "lacunes apparentes" auxquelles le professeur Fontaine a consacré des clarifications²⁷⁷. Il s'agit des obligations indivisibles²⁷⁸, du paiement avec subrogation²⁷⁹, de la novation²⁸⁰ et de la délégation²⁸¹ qui pour certaines, ont partiellement été traitées dans la version 2010 des PU.

[125] Pour finir, il est impossible de ne pas nous exprimer sur l'affirmation selon laquelle les principes ne visent que les relations contractuelles entre professionnels sans préoccupation particulière pour le consommateur²⁸². Cette critique mérite d'être brièvement commentée puisqu'on a voulu englober dans cette réalité le défaut de prise en compte des intérêts de la partie faible dans les contrats de droit OHADA ce qui à notre sens n'est pas vrai. La première remarque vise à confirmer qu'effectivement les Principes d'UNIDROIT visent *a priori* les relations contractuelles entre professionnels du commerce international. Toutefois, une seconde remarque consiste à attirer l'attention sur le fait que ces Principes dans leur version proposée à l'OHADA prévoient une extension aux contrats civils et commerciaux. Advenant une transaction entre un professionnel et un particulier,

²⁷⁷ Marcel FONTAINE, *ibid.*, n° 55.

²⁷⁸ Les obligations indivisibles ont fait l'objet d'un traitement dans la dernière version des Principes 2010 sous l'aspect général de la pluralité des débiteurs (Chapitre 11, Section 1) et la pluralité de créanciers (Chapitre 11, Section 2).

²⁷⁹ Les articles 1651 à 1659 du Code civil du Québec sont une bonne source sur cette question.

²⁸⁰ V. Art. 1660 à 1666 du C.c.Q.

²⁸¹ V. art. 1667 à 1670 C.c.Q.

²⁸² L'affirmation, faite par plusieurs auteurs est expressément reprise dans l'appel à communication pour le Colloque de l'ERSUMA organisé à Libreville sur « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », disponible à l'adresse <http://www.google.bj/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CFEQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.ohada.org%2Fcalendrier-des-sessions-programme-annuel%2Ffr%2Fdownload%2Ffile%2F0%2C0%2F121%2Ccolloque-sur-les-pratiques-contractuelles-daffaires-et-les-processus-dharmonisation-dans-les-espaces-regionaux-appel-a-communications.html&ei=GgWnUIGLGoZKswb9iIGgBQ&usg=AFOjCNGuHZH-0fz4fsJAXjj9VGDg-dHWw>, dernière consultation le 06 mai 2013.

ce dernier ne s'en trouve aucunement moins démuné puisque des règles protectrices jalonnent le corpus de l'Avant-projet en droit des contrats. C'est le cas de l'article 3.10 relatif à la lésion, qualifiée ici d'avantage excessif²⁸³.

[126] L'article 7.1.6²⁸⁴ quant à lui intervient pour protéger la partie faible en lui permettant d'invoquer la nullité d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution par une partie d'une de ses obligations. Il est ici fait appel à l'équité pour rétablir la partie faible dans son droit. Et si les doutes au sujet de cette protection de la partie faible par l'Avant-projet ne sont pas levés, il ne faudrait pas oublier qu'il existe un Avant-projet censé régir le droit OHADA de la consommation²⁸⁵. Des dispositions spécifiques y sont prévues pour protéger le consommateur et dupliquer ces règles sous deux actes uniformes n'est pas nécessaire.

[127] Telle est sur le fond, la première série de lacunes que nous recensons à l'encontre de l'Avant-projet et donc des Principes indirectement. Une seconde série existe qui tient essentiellement à l'absence de règles de partage de compétence juridictionnelle.

²⁸³ La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération: a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première; et b) la nature et le but du contrat.

²⁸⁴ Art. 7.1.6 : portant initialement sur les clauses exonératoires, il permet de rechercher l'équité dans l'exécution du contrat. « Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire. ».

²⁸⁵ Une version de l'Avant-projet rédigé par le professeur Thierry Bourgoignie est disponible sur le site du Club OHADA Canada www.ohadacanada.ca, dernière consultation le 06 mai 2012. V. aussi la critique qu'en a faite : Henri TEMPLE, « Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse du projet Ohada d'Acte uniforme sur le droit de la consommation », Revue burkinabé de droit, n° 43-44, 1er et 2ème semestres 2003.; disponible sur www.ohada.com/doctrine, dernière consultation le 10 mai 2012. Référence D-05-26.

B- L'absence de règles de partage de compétence juridictionnelle

[128] Sans être un élément substantiel d'un code des obligations civiles et commerciales en général, la présence de règles de partage de compétence juridictionnelle se révèle être une donnée importante lorsqu'il s'agit d'harmoniser à l'échelle transnationale²⁸⁶. En effet, une des lacunes qui a pu être relevée à propos des PU est l'absence dans le chapitre un consacré aux dispositions générales, de règles ou d'institutions devant assurer une interprétation uniforme des PU²⁸⁷. La présence de telles règles est en effet un gage de sécurité juridique lorsqu'une institution en charge de veiller à l'application uniforme des Principes est prévue et que cette dernière possède un domaine de compétence bien délimitée par rapport aux autres instances juridictionnelles transnationales de même type²⁸⁸. Si de façon générale nous ne sommes pas d'accord avec la rétention de ces règles comme lacunes propres aux Principes tel que l'a mentionné Madame Fauvarque-Cosson²⁸⁹, nous reconnaissons tout de même leur extrême pertinence quand il s'agit de les transposer dans le contexte africain de l'OHADA. C'est en ce sens et en rapport direct avec cette

²⁸⁶ Sur le ``transnationalisme``, V. Ph. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, 1956; Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J., 1984, spéc. § 845 et s. ; Jean ROBERT, *Le phénomène transnational*, Paris, L.G.D.J., Éd. De l'AFA, 1988, 60 pp.

²⁸⁷ Voir, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », RIDC, 1998, Vol 50, n° 2, p. 463 et s. spéc. p. 466, note 13 et pp. 470 - 471.

²⁸⁸ C'est le cas de la CCJA avec les normes CIMA ou de l'OAPI ou encore de la Cour de justice de l'UEMOA avec qui elle pourrait connaître des chevauchements de compétence matérielle dus au même espace géographique couvert. Pour preuve, malgré l'affirmation par la Cour de l'UEMOA du principe de la compétence exclusive de l'Union en matière de droit de la concurrence (Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000), les règles nationales des États OHADA membres UEMOA (Bénin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo) viennent cohabiter avec les règles communautaires UEMOA. La réalité est différente entre la l'espace CEMAC qui ne pose aucun principe d'exclusivité et les autres États OHADA également membre de cet espace (Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, Rép. Centrafricaine et Tchad). Pour d'excellentes clarifications et des références, V. Ayawa A. TSAKADI, « De la compétence exclusive de l'union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA », dans *Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 1, PUAM, 2010, p. 555 et s.

²⁸⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*, p. 470 et s.

lacune supposée²⁹⁰ des PU que la présence de règles de partage de compétence juridictionnelle dans l'espace OHADA où la CCJA est prévue est importante.

[129] À titre de mention rapide, on pourra noter que cette exigence africaine est une des données législatives propres au contexte de l'OHADA, une spécificité OHADA qui nécessite que des dispositions y soient consacrées. Comme l'écrivait le professeur Dorothé SOSSA, « un des points qui cristallise les critiques contre l'Avant-projet se situe dans le transfert de compétence juridictionnelle que son adoption aurait provoqué au profit de la CCJA de l'OHADA²⁹¹. En effet, vu l'impact jugé²⁹² négatif que peut avoir cet Acte uniforme sur la compétence des juridictions nationales de fond, il est important, si ce choix est maintenu, que des règles clarifient la question. Ces règles ne devront pas forcément être contenues dans l'Acte uniforme sur le droit des contrats mais leur présence est justifiée dans le corpus juridique OHADA au regard de l'impact qu'elles auront et que l'AUDC aura réciproquement sur la répartition des compétences entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation. Cette exigence fait partie du besoin de contextualisation des Principes à l'environnement juridique et au corpus législatif des États membres de l'OHADA.

²⁹⁰ Denis Tallon a pu citer dans le même sens une difficulté pratique sous forme de lacune qui découlerait de la difficile interprétation uniforme basée sur une analyse divergente de l'expression *moyens raisonnables* par les juges français et anglais de l'article 7-4-8 des PU repris dans l'AUDC. « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». Pour des développements à ce propos, Voir Denis TALLON, « L'application des Principes UNIDROIT par les tribunaux étatiques », *Dossier C.C.I.*, p. 248.

²⁹¹ Dorothé SOSSA, « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation », in *Actes du Colloque de Ouagadougou, 15-17 nov. 2007 sur L'harmonisation du droit OHADA des contrats*, Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2008, n° 1 et 2, p. 348.

²⁹² Le chef de file institutionnel de cette fronde contre l'Avant-projet est l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AAHJF).

[130] Pour rendre la critique plus compréhensible, mentionnons les articles 14²⁹³ et suivants²⁹⁴ du Traité OHADA en vertu desquels, pour toute question relative à l'application ou à l'interprétation des Actes uniformes OHADA ou du Traité, la CCJA est la juridiction de cassation, le troisième degré de juridiction²⁹⁵, des États membres de l'OHADA. Il résulte de cela qu'avec un Acte uniforme des contrats régissant aussi bien les contrats civils que commerciaux, les juridictions de cassation nationales ou cours suprêmes perdent ainsi d'importants champs de compétences²⁹⁶ qui leur revenaient en principe. À notre sens la critique²⁹⁷ est justifiée et compréhensible mais elle ne relève pas de l'argumentaire juridique *stricto sensu*. C'est plutôt la question plus large de la politique législative de l'OHADA qui est ici mise en cause. En effet, c'est la méthode de

²⁹³ Art. 14 : « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des Actes uniformes **et des décisions**. [...] Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États Parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond. ». L'extrait en gras fut ajouté à la suite de la révision du Traité en 2008 à Québec.

²⁹⁴ L'article 16 par exemple impose la suspension de toute procédure à l'interne pendant que la CCJA est saisie et ce jusqu'à ce qu'elle se déclare incompétente.

²⁹⁵ La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA est le seul organe compétent pour connaître en fait et en droit des pourvois intentés contre les décisions des cours nationales des États parties au Traité OHADA et portant sur les matières uniformisées. Cette juridiction communautaire est le seul exemple au monde à notre connaissance, où une juridiction supranationale communautaire constitue un 3^{ème} degré de juridiction. Pour un approfondissement de la question V.DIALLO Bakary, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du Traité de l'OHADA », Penant, n° 858, p. 40. Il est aussi utile de mentionner les cas nationaux rapportés dans le cadre du numéro spécial de la R.I.D.C, 1978, vol 30, n° 1, portant sur *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*. Dans cette étude les cours suprêmes nationales anglophones sont présentées comme troisième degré de juridiction.

²⁹⁶ Pour une étude approfondie des compétences de la CCJA, Voir Kouakou Mathurin BROU, « [Le contentieux des actes uniformes : de la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage](#) », dernière consultation le 11 mai 2013, Revue *Le Juris-Ohada*, n° 2/2003, avril-juin 2003, p. 2 et s., <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-03-19>, dernière consultation le 11 mai 2013 et F. ANOUKAHA, « [La délimitation de la compétence entre la Cour commune de justice et d'arbitrage \(CCJA\) et les cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances](#) », Revue *Juris périodique*, n° 59, juillet-septembre 2004, p. 118 et s. disponible sur <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-06-26>, dernière consultation le 11 mai 2013.

²⁹⁷ Voir le Colloque international tenu à Lomé au Togo du 6 au 9 juin 2006 et portant sur : *Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'Ohada : bilan et perspectives d'avenir*, et dont les actes sont publiés au Recueil Penant, 2007, n° 860.

détermination des domaines à harmoniser et des Actes uniformes qui est indirectement remise en cause à travers cette critique. Parlant de ces critiques, un auteur²⁹⁸ a pu écrire que « [C]es prétentions ne recouvrent aucun obstacle de droit ». Sans être aussi péremptoire que ce dernier, nous pensons que des considérations juridiques précises sont ici concernées et doivent être adressées. Elles ont trait principalement à la question de l'efficacité du système de substitution des cours de cassation nationales par la CCJA. Question en principe déjà résolue²⁹⁹!

[131] Nous ne reviendrons pas ici sur les détails du débat³⁰⁰ qui a eu lieu quant à la réforme du Traité OHADA et du règlement de procédure de la CCJA. Ce qu'il faut en retenir, c'est que trois propositions réformatrices ont été faites par l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AAHJF) à l'issue des instances de Lomé³⁰¹. La première, de l'avis de plusieurs auteurs est impraticable puisqu'elle suggère une simple rétrocession des compétences de la CCJA en matière de contentieux des Actes uniformes. Ceci revient à mettre en péril l'œuvre entière d'uniformisation puisqu'il n'y aura plus supranationalité judiciaire³⁰² au sein de l'OHADA et que la CCJA n'aurait qu'une fonction consultative et d'interprétation du traité OHADA et des règlements y afférents. Cette

²⁹⁸ Dorothe SOSSA, *ibid.*, p. 349.

²⁹⁹ On pourrait en effet légitimement les balayer d'un revers de la main puisqu'elles tendent au fond à remettre totalement en question le principe même de l'OHADA. Le fait que les États aient accepté d'aliéner une partie de leur souveraineté dans les matières OHADA conformément au Traité (incluant le préambule). Cette aliénation est non seulement législative (Art. 2 du Traité) mais aussi juridictionnelle (Règles régissant la CCJA).

³⁰⁰ Pour des précisions à ce sujet, voir le compte rendu du Colloque international tenu à Lomé au Togo du 6 au 9 juin 2006, *précité*.

³⁰¹ Colloque de Lomé au Togo du 6 au 9 juin 2006, *précité*.

³⁰² Djibril ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », R.B.D., n° 37, 2000, p. 7 et s. Disponible sur www.ohada.com, dernière consultation le 21 janvier 2013, référence OHADATA D-02-02.

remise en cause fondamentale est inimaginable vu les progrès et réalisations de l'OHADA³⁰³.

[132] La deuxième réforme suggérée reprend la première en la conditionnant à la fixation d'un délai raisonnable de douze (12) mois au terme duquel la juridiction nationale de cassation serait dessaisie si elle n'a pas rendu sa décision. À cette dernière, nous sommes tentés de répondre par une question. Pourquoi prendre le risque d'allonger de douze (12) mois le délai pour le justiciable de trouver une solution à son problème alors que l'un des objectifs premiers de la réforme OHADA est de pallier la lenteur du processus judiciaire? Cette lenteur probable qui s'ajoute avec ses conséquences d'insécurité juridique, n'est-elle pas pire que la situation que l'on espère résoudre? À notre sens, oui.

[133] La troisième proposition est à notre sens encore pire que la deuxième en termes de célérité du rendement de la justice puisqu'elle propose simplement de maintenir tout l'ordonnement juridique des pays membres (avec les cours de cassation) tout en ajoutant un troisième degré de juridiction supranational qui serait celui de la CCJA. Il y aurait donc quatre degrés de juridiction dans l'espace OHADA. Si on omettait le fait que ces propositions proviennent des plus hautes autorités juridictionnelles francophones de l'Afrique (l'AAHJF), on pourrait penser qu'elles visent uniquement à rendre le processus judiciaire encore plus lent et instable et donc moins efficient dans l'espace OHADA.

[134] Notre surprise est encore plus grande lorsque nous examinons les propositions des experts indépendants désignés par l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) après les réactions de l'AAHJF, pour produire un avis éclairé sur la réforme du Traité OHADA. Comme un leurre, nous nous sommes réjouis dans un premier temps de la

³⁰³ Des considérations politiques ne sauraient uniquement guider un choix de politique législative pour une réforme juridique et judiciaire d'autant plus que le choix actuellement courant est en train de faire ses preuves. Il faut améliorer les rapports et en aucun cas penser à supprimer le transfert de souveraineté opéré à ce jour et qui est fonctionnel en termes d'amélioration de la qualité de la justice et dans l'espace OHADA.

recommandation principale de maintenir le Traité OHADA et le règlement de la CCJA en l'état. Il nous est apparu tout de suite après, que tout en proposant le maintien du Traité OHADA et du règlement de la CCJA tels quels sur la question qui nous préoccupe, ils ont senti le besoin dans un souci de satisfaire tout le monde, de proposer aussi une combinaison des deux propositions principales³⁰⁴ faites par l'AAHJF. En effet, ils retiennent substantiellement qu'advenant une volonté de modification (dont ils ne perçoivent cependant pas le bien fondé ou plutôt la nécessité), cette réforme devrait proposer : la saisine de la CCJA après épuisement de toutes les voies de recours nationales y compris la cassation (3^{ième} proposition de l'AAHJF) qu'ils conditionnent à :

- une validation préalable par la CCJA des décisions des juridictions nationales de cassation pour qu'elles puissent être revêtues de la formule exécutoire de même que la possibilité pour la CCJA d'évoquer en cas de refus de validation d'une décision d'une juridiction nationale.
- la transmission automatique à la CCJA de tout pourvoi en cassation porté devant une juridiction nationale et non vidé dans le délai de douze (12) mois tel que le proposait l'AAHJF (2^{ième} proposition).

[135] Peut-on mieux pécher par abstention intellectuelle voire confusion délibérée? Leur avis en soi est *a priori* clair et transparait dans la première partie des recommandations : « maintenir le Traité OHADA et le règlement de procédure de la CCJA en l'état ». Le reste n'est que conjectures politiques pour ne pas déplaire à une instance juridico-politique, assez influente à l'échelle des gouvernements nationaux et donc aussi influente au sein de

³⁰⁴ Il s'agit en fait des deux dernières, vu que la première proposition de l'AAHJF, trop radicale (rétrocession complète des compétences de la CCJA aux cours de cassation nationales en matière de contentieux OHADA), contrevient carrément aux objectifs de l'OHADA et ne laisse pas d'autre alternative que de l'écarter définitivement.

l'OHADA. Nous ne nous étendrons pas plus³⁰⁵ sur la question si ce n'est pour citer le professeur Meyer qui perçoit aussi que : « Tout se passe comme si on voulait maintenir les compétences des juridictions nationales de cassation tout en maintenant les compétences de la Cour commune alors que le mécanisme imaginé par le Traité impliquait nécessairement que la création de la Cour commune, en tant que juridiction communautaire de cassation, emportait logiquement dessaisissement des juridictions nationales de cassation »³⁰⁶. On ne devrait donc pas imaginer un chevauchement de deux juridictions de cassation dans l'ordre juridique OHADA tel que c'est le cas avec les propositions actuelles. On ne peut et on ne doit pas chercher à contenter coûte que coûte tout le monde. Seuls les intérêts avérés des justiciables devraient être mis en avant.

[136] L'approche de solution retenue par le même auteur³⁰⁷ découle de la comparaison des expériences étrangères d'harmonisation du droit à l'échelle continentale africaine, européenne et mondiale. Le professeur Meyer propose ainsi de retenir la technique du renvoi préjudiciel. Cette technique permettrait sur la question étudiée du partage des compétences, de maintenir le projet d'Acte uniforme des contrats en l'état tout en satisfaisant les préoccupations de l'AAHJF. En effet, déjà usité au sein de l'Union européenne et de l'UEMOA³⁰⁸, cette technique permet d'avoir une application et une interprétation uniformes tout en évitant des conflits de compétence entre les ordres juridiques communautaires et nationaux. Pour paraphraser le professeur Meyer, qui s'est

³⁰⁵ Pour des détails sur les rapports entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales, V. Alex-François TJOUEEN, *Les rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006, 375 pp.

³⁰⁶ Pierre MEYER, « L'intervention des juridictions nationales et la Cour commune : une meilleure articulation est-elle possible? », p. 7, disponible sur www.ohada.com/doctrine, dernière consultation le 06 juin 2013, référence OHADATA D-10-04.

³⁰⁷ Pierre MEYER, *id.*,

³⁰⁸ Voir à ce propos Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO », Communication au colloque organisé par l'Agence intergouvernementale de la francophonie (AIF) en collaboration avec l'UEMOA (sur *La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, qui s'est déroulé à Ouagadougou du 6 au 10 octobre 2003), Paris, Éd. Giraf, 2004.

plus étendu³⁰⁹ sur la question, le recours préjudiciel instaure une véritable relation de complémentarité et de collaboration entre les juridictions en cause. Pour Alex-François TJOUEN³¹⁰, ce sont plutôt des chambres mixtes communautaires³¹¹ qu'il faut créer et organiser.

[137] Pour revenir au droit des contrats qui nous concerne spécifiquement, on comprendra que même si elles ont des influences réciproques et sont très liées l'une à l'autre, les deux questions de l'élaboration d'un droit uniforme des contrats tant civils que commerciaux et de l'élargissement de la compétence entre la CCJA et les cours de cassation nationales doivent être traitées séparément. Il n'est donc ni opportun ni judicieux, vu l'importance de la question pour tout le processus d'uniformisation du droit, d'envisager d'incorporer dans l'AUDC des dispositions relatives à la question du partage des compétences juridictionnelles même si les deux sujets s'entrecoupent. Cette lacune au départ substantielle du projet d'Acte uniforme découlant des Principes UNIDROIT se révèle finalement être une lacune propre au corpus OHADA antérieur. L'AUDC n'a fait que l'accentuer, révélant du coup l'impérieux besoin d'y trouver une solution. Si *à priori* une approche de solution a été proposée à cette pseudo lacune de fond, il faut insister sur les autres lacunes plus insidieuses qui guettent le projet de réforme du droit des contrats et qui ne découlent pas forcément de la substance même des Principes d'UNIDROIT.

³⁰⁹ Pierre MEYER, *id.*, spéc. p. 7 et 8.

³¹⁰ Alex-François TJOUEN, *Id.*, p. 337 et s.

³¹¹ Pour cet auteur (Alex-François TJOUEN, *Id.*), ces chambres doivent être composées à la fois de juges nationaux et communautaires qui siègeraient au sein de deux sections différentes : l'une en charge de se prononcer sur les pourvois selon que la question préjudicielle est de droit national ou de droit OHADA et l'autre en charge du contentieux lorsqu'on se retrouverait en présence d'une question mixte. La CCJA aussi pourrait saisir ces chambres mixtes communautaires. L'auteur détaille dans sa thèse précitée la composition des chambres mixtes (p. 338 et s.) et la procédure devant lesdites chambres (p. 342 et s.)

Paragraphe 2 : Les autres lacunes des Principes tenant au contexte africain

[138] Amadou Hampaté Bâ³¹² a affirmé que

« l’Afrique sera demain ce que vous ferez d’elle. Si vous cessez d’être africains, il n’y aura pas une Afrique, il y aura seulement un continent. Et là, vous aurez arraché une page de l’histoire de l’humanité. Vous serez absents »³¹³.

[139] Regardons la question de l’harmonisation du droit des contrats inspirée des Principes d’UNIDROIT avec une ornière d’africain. On est forcé de constater que même s’ils jouissent d’une renommée internationale, les Principes d’UNIDROIT ne sont pas assez connus et appliqués dans l’espace africain (A-). Pire, il n’existe quasiment pas de jurisprudences ou sentences arbitrales de droits nationaux inspirées des Principes d’UNIDROIT en Afrique (B-). Loin cependant de constituer une lacune insurmontable, ces réalités devraient être perçues comme des tremplins donnant l’occasion à la communauté juridique africaine de former une doctrine plus élaborée et de faire preuve de créativité juridique en élaborant une jurisprudence typiquement africaine sur la base de principes simples, modernes et adaptés à nos économies en Afrique.

A- La méconnaissance africaine des Principes

[140] Alors que le caractère universel des Principes semble de partout et pour longtemps encore clamé, il y a lieu d’apporter dans le contexte africain un bémol à cette clameur qui ne révèle pas entièrement la réalité du terrain.

³¹² Écrivain et ethnologue malien né à Bandiagara (Mali) en 1900 et mort le 15 mai 1991 à Abidjan en Côte d’Ivoire. Il était considéré comme un africaniste des années post-indépendance en Afrique francophone. Source : www.wikipedia.org, dernière consultation le 06 mai 2013.

³¹³ Tiré du livre d’Adrien HUANNOU, *350 citations d’auteurs africains*, Caarec, Cotonou, Bénin, 2007.

[141] Les Principes sont très peu ou pas du tout invoqués dans les relations contractuelles en Afrique même en matière d'arbitrage. Il existe très peu d'écrits sur la question et les sentences de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) parcourues³¹⁴ ne révèlent que très peu de dossiers propres au continent africain³¹⁵. Ensuite, même en dehors du continent africain, il est clairement ressorti d'une étude du professeur Emmanuel Jolivet que des considérations très subjectives président à l'invocation des Principes. C'est ainsi que la nationalité des parties est un élément assez révélateur en ce sens où « [l]e nombre de sentences dans lesquelles les Principes sont invoqués alors que l'une au moins des parties n'est pas européenne est très faible »³¹⁶. La méconnaissance lacunaire des Principes n'est donc pas qu'africaine. La nationalité de l'arbitre ainsi que le centre d'arbitrage apparaissent aussi comme d'autres critères qui, cumulés, permettent d'affirmer sans contestation que les Principes ne jouissent pas d'une bonne connaissance dans le contexte africain. Ils sont encore moins bien appliqués.

[142] Loin cependant de dresser un tableau de totale désolation, on peut entrevoir dans la situation une opportunité de susciter une créativité africaine doctrinale en premier lieu. Cette créativité juridique se constate de plus en plus à travers les nombreuses publications d'intérêt majeur en provenance de juristes africains³¹⁷ ainsi que les nombreuses revues juridiques qui renaissent de leurs cendres en Afrique ou qui sont créées aux échelles

³¹⁴ Recherche effectuée à travers la base de données UNILEX disponible sur www.unilex.info, dernière consultation le 06 mai 2013.

³¹⁵ En recherchant des décisions ayant appliqué les Principes et mettant en présence deux parties africaines, on en trouve simplement aucune. Des sentences arbitrales où intervient un État du continent africain n'appliquent pas les PU mais la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Là encore, seule l'Égypte est énumérée comme pays africain ayant des sentences rendues à son for. Recherche à jour au 29 avril 2012.

³¹⁶ Emmanuel JOLIVET, « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2008, n° 1 et 2, p. 146 et s.

³¹⁷ En parcourant le site www.ohada.com on peut se rendre compte de cette nouvelle vitalité de la doctrine africaine. Et ce n'est que la pointe saillante de l'iceberg!

nationales³¹⁸. Cette vitalité se lit aussi à travers les articles d'auteurs africains de plus en plus présents dans les revues internationales. C'est la preuve d'une renaissance doctrinale des juristes et autres acteurs du monde juridique en Afrique.

[143] La créativité juridique africaine dont nous parlons découlera aussi du soin accordé à la formation des juges et des arbitres spécialisés en droit OHADA. Ces derniers contribueraient directement à la formation d'une jurisprudence africaine, prenant en compte les réalités du terrain et les aléas pratiques permettant de rendre cette législation effective. Il s'agit en réalité d'une créativité judiciaire qui obligerait les juges à faire œuvre législative. En effet, une des lacunes des Principes consistant en l'absence de jurisprudence contractuelle en droits internes africains, servira plutôt ici à éveiller leurs intérêts pour un droit jurisprudentiel des contrats, pure création africaine.

[144] L'effectivité étant un des facteurs prépondérants de mesure de la vitalité d'une législation, l'absence d'effectivité du droit OHADA dans certaines matières qui a fait couler beaucoup d'encre³¹⁹ trouverait une approche de solution dans une meilleure formation des juristes, avocats, arbitres et magistrats africains. Cette formation spécifique devrait intégrer les autres acteurs à différents niveaux y compris les opérateurs économiques privés de l'espace OHADA. À ce sujet, l'ERSUMA (École Régionale Supérieure de la Magistrature) devrait être associée en devenant un organe central de formation et de mise à niveau de tous les acteurs du droit OHADA. Telle est d'ailleurs en

³¹⁸ À titre illustratif nous pouvons énumérer au Bénin : la Revue *Droit et Lois*; au Congo : la Revue *congolaise de Droit et des Affaires*; en Côte d'Ivoire : la Revue *Jurifis Info*; au Togo, la Revue *togolaise de droit des affaires et de l'arbitrage*; à l'échelle régionale mais produite au Togo : la Revue *de Droit Uniforme Africain*; à l'échelle africaine mais produite au Bénin, la Revue *de l'ERSUMA : droit des affaires et pratique professionnelle*. Il y a aussi les nombreuses revues en ligne qui ne cessent de foisonner comme celle portant sur le droit africain des affaires, le Journal Africain de Droit des Affaires (JADA) dont le premier numéro date de début 2011.

³¹⁹ Voir entre autres articles épars, l'ouvrage collectif consacré à la question : Jean GATSI (Dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2006.

substance sa vocation première dans le Traité³²⁰ OHADA qui limitait cependant sa portée aux magistrats et auxiliaires de justice des États parties. Ce n'est heureusement plus le cas depuis la révision du Traité OHADA en 2008 qui en a fait un centre de formation et de recherche ouvert à tous les acteurs et interlocuteurs pertinents pour l'OHADA³²¹.

B- Les pistes de solutions à l'absence de jurisprudences nationales inspirées des Principes

[145] L'absence de jurisprudence pertinente³²² en droit interne des contrats inspirés des Principes nous conduit à proposer un certain nombre d'ajouts doctrinaux à l'Avant-projet qui ne feront que l'améliorer et le rendre plus efficace pour les relations contractuelles des acteurs de l'espace OHADA.

[146] L'apport principal est relatif à un principe phare du droit contractuel qui est celui de l'obligation de sécurité. Il est nécessaire de rappeler que les Principes UNIDROIT ne consacrent pas textuellement une obligation de sécurité. L'obligation de sécurité est « une obligation contractuelle accessoire qui vise à empêcher la réalisation d'un dommage chez le cocontractant lors de l'existence du lien contractuel »³²³ soit durant l'exécution du contrat ou après. L'obligation de sécurité est à dissocier de l'obligation de garantie du contrat en ce sens que cette dernière se met en branle en cas de défaut de l'obligation principale alors que la première exclut justement l'obligation principale sur laquelle porte le contrat.

³²⁰ Article 41 du Traité OHADA.

³²¹ L'ERSUMA joue de mieux en mieux sa partition. Elle a créé des bourses de recherche en droit OHADA. Elle organise des universités d'été. Elle a créé sa propre revue juridique, etc. Une réforme de cette institution a aussi été proposée par les profs Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p. 10, spéc. p. 47.

³²² Le doyen DECOTTIGNIÈS affirmait déjà lors du Colloque de Dakar en 1977 que ... *la jurisprudence avait une valeur stabilisatrice*, notes 43, 63.

³²³ Vincent MAYR, « Une obligation de sécurité est-elle concevable au sein des principes d'UNIDROIT? », *Rev. dr. unif.* 2005, n° 3, p. 485.

[147] D'aucuns pourraient penser ôter toute pertinence à notre analyse en affirmant que l'obligation de sécurité découle de la bonne foi, fortement consacrée dans les Principes UNIDROIT, qui par conséquent la consacrent implicitement. D'ailleurs comme l'a reconnu un auteur³²⁴, l'obligation de sécurité est « avant tout une création de la doctrine et la jurisprudence qui, sur le fondement de la bonne foi et de l'équité contractuelle, ont dégagé une telle obligation dans la première moitié du XX^{ième} siècle ». En poussant l'analyse plus loin, notamment par une étude des dispositions pertinentes des Principes UNIDROIT, on se rend compte d'une évidence. Les énoncés des articles 2.1.16 et 3.8, quoique s'en rapprochant, ne permettent pas en réalité de conclure sans équivoque à une consécration fut-elle partielle de l'obligation de sécurité.

[148] L'article 2.1.16³²⁵ reprend³²⁶ un aspect du devoir de sécurité (qui est d'empêcher la réalisation d'un dommage dans l'exécution du contrat) mais ne consacre pas une telle obligation puisqu'il s'applique aussi bien à la période de formation (pourparlers) que celle d'exécution du contrat. De plus, il est bien intitulé « devoir de confidentialité » et ce devoir fait appel à une obligation de non divulgation d'information qui se distingue bien de l'obligation de sécurité en matière contractuelle³²⁷.

[149] L'article 3.8 à notre sens, peut être présenté dans la même optique analytique que celui précédent. En effet, il est le revers (principe renversé) de l'article 2.1.16 en ce sens

³²⁴ Vincent MAYR, *ibid.*, p. 490.

³²⁵ Art. 2.1.16 : (Devoir de confidentialité) « Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie. ».

³²⁶ Art. 3.2.8 : « 1) La victime du dol, de la contrainte, de l'avantage excessif ou de l'erreur imputables à un tiers, ou qui sont connus ou devraient être connus d'un tiers, pour les actes dont l'autre partie répond, peut annuler le contrat au même titre que si ces vices avaient été le fait de l'autre partie elle-même. 2) La victime du dol, de la contrainte ou de l'avantage excessif imputables à un tiers pour les actes dont l'autre partie ne répond pas, peut annuler le contrat lorsque l'autre partie avait, ou aurait dû avoir, connaissance de ces vices ou que, au moment de l'annulation, elle n'a pas agi raisonnablement en se prévalant des dispositions du contrat. ».

³²⁷ Pour une opinion contraire, V. Vincent MAYR, *Op. cit.*, p. 92, spéc. p. 492.

que, plutôt que d'exiger une attention dans l'usage des informations contractuelles obtenues de son cocontractant, il sanctionne au contraire une partie pour son omission de telles informations capitales. À l'opposé de l'article 2.1.16, qui est applicable à la période "pré" comme "post" contractuelle, il est limité à la matière précontractuelle et ne peut trouver application en matière d'exécution du contrat puisqu'il traite du dol. On ne saurait donc en réalité inférer de cet article une obligation de sécurité dans les Principes UNIDROIT.

[150] Il nous semble donc pertinent et nécessaire de proposer dans l'AUDC une consécration expresse de l'obligation de sécurité juridique dont l'intérêt a été longuement démontré par une kyrielle d'auteurs³²⁸ en vue d'un meilleur droit économique. Cette insertion peut aisément être faite sur la base de l'obligation de bonne foi consacrée à l'article 5.7 des Principes. C'est notamment le cas dans de nombreuses codifications nationales telles que celle de l'Allemagne³²⁹.

[151] La nécessité de développer une science juridique africaine est aussi une préoccupation d'ordre général qui aura un impact important sur l'application efficace d'un futur Acte uniforme sur les droits des contrats. Elle passe par la mise en place systématique d'un environnement émulateur pour la recherche qui doit se fonder sur la pratique rapportée par les juges, avocats et autres praticiens. En ce sens, il faut dès à présent, initier et instituer en tradition que :

- des conférences, colloques, rapports scientifiques cycliques, des études et commentaires réguliers de la jurisprudence de la CCJA sur les cas qu'elle a connus

³²⁸ Voir l'ouvrage collectif de Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIANEN (Coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008 qui foisonne de contributions à ce sujet.

³²⁹ Hanns ULLRICH, « La sécurité juridique en droit allemand : observations d'un privatiste », dans Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIANEN (Coord.), *id.*, p. 73 et s. Ou encore Eva LEIN, « La portée pratique des Principes UNIDROIT : une perspective allemande », dans CASHIN-RITAINE Éléonor et Eva LEIN, *the UNIDROIT Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Zurich, 2007

en rapport avec le droit des contrats ou le corpus OHADA en général soient faits et intègrent les mœurs des juges et autres opérateurs de la sous-région³³⁰.

- des suggestions annuelles du Secrétariat Permanent guident les axes de recherches prioritaires pour l'Organisation et que des subventions soient accordées pour les meilleures recherches allant dans les axes ainsi délimités³³¹.
- des subventions et bourses soient créées pour stimuler les étudiants et chercheurs en droit OHADA³³².
- un institut communautaire de recherche et de documentation soit érigé pour servir de centre effectif de centralisation de la documentation et des recherches sur l'Organisation. Dans ce sens, l'ERSUMA pourrait être un bon point de départ mais les fonctions de cet organe doivent être à notre sens séparées de celle de cet Institut.

[152] Avant de pouvoir revenir sur les innovations institutionnelles qu'imposent cette réforme si elle se veut efficiente, il faut déterminer le champ d'application de ladite réforme qui s'avère être un des nombreux défis du législateur de l'OHADA.

³³⁰ C'est le lieu de souligner et d'espérer la perpétuation d'initiatives telles que le Colloque International d'évaluation de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui s'est tenu les 24 et 25 septembre 2010 à Lomé (TOGO). Il était précédé du 06 au 09 juin 2013 des huitièmes assises statutaires de l'AA-HJF portant sur le thème « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : bilan et perspectives d'avenir ». Les Actes de ce colloque international ont justement été publiés dans un numéro spécial de la nouvelle *Revue de Droit Uniforme Africain* (RDUA), 2010.

³³¹ C'est notamment ce qui se fait actuellement au Canada avec le programme de contrats de recherche en bijuridisme canadien qui octroie des bourses pour de la recherche en ce domaine après avoir lui-même défini certains axes de recherches par année. Voir <http://www.justice.gc.ca/fra/bijurilex/cont2.html>, consulté le 3 septembre 2010, pour des détails. L'OHADA par le biais de l'ERSUMA a démarré l'initiative avec un programme de bourses de recherche en droit des affaires et droit communautaire africain. L'initiative est heureuse et aura des impacts évidents sur la recherche en droit OHADA dans les prochaines années.

³³² C'est aussi le cas avec les bourses et prix de la Fondation Kéba MBAYE, www.fondationkebambaye.org, consulté le 10 juin 2010 ou encore la bourse annuelle de l'IDEF octroyée sur une thématique de droit comparé choisi par l'Institut. Plus récemment, le prix de la meilleure thèse de doctorat institué par l'ERSUMA, etc. Vivement que ce genre d'initiatives se multiplient.

CHAPITRE 2 : Les défis d'une théorie générale des contrats OHADA

« Tout lambeau d'uni[formi]té doit être considéré comme un progrès », Demogue, 1927³³³

[153] Le droit des contrats a subi des transformations depuis fort longtemps et nul ne peut le nier. Il continue d'ailleurs toujours de se transformer³³⁴ et présente de plus en plus de nouvelles tendances qu'essaient d'appréhender de nombreux auteurs dans l'espace OHADA³³⁵. De violents et répétés coups de boutoir sont assénés à la théorie générale des contrats mais ne suffisent pas à en faire un « droit commun »³³⁶ inutile : un « droit mort »³³⁷. Des droits spéciaux des contrats se développent sans à notre sens pouvoir constituer un ensemble théorique systématisé³³⁸ qui pourrait remplacer le droit commun

³³³ Cité par Pierre MEYER, *Préface* à l'ouvrage de Valentine ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 526, 2010.

³³⁴ Voir Catherine THIBIERGE-GUEFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., avril-juin 1997, Variétés, p. 357 et s.

³³⁵ Eleanor CASHIN-RITAINE, « Nouvelles tendances en droit des obligations. Quel droit s'applique? », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 69 et s. Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet, la discussion de l'*avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* (2005). De nombreuses autres contributions se retrouvent dans le numéro de cette revue et rendent compte de la tentative de compréhension des métamorphoses du droit des contrats que l'on voudrait bien cerner avec précision.

³³⁶ La notion de droit commun est relative et fonction de l'objet de la comparaison. On peut retrouver par exemple le droit commun de la consommation, ou le droit commun de la vente qui serait chacun spéciaux comparé au droit commun des contrats. Comme le disait une auteure, *la notion de droit commun n'a de sens que par rapport au référentiel choisi*. Voir Charlotte GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit privé, tome 509, p. 6, note 28, 29 et 30. Voir aussi la définition distinctive des deux notions de « commun » et « spécial » que fait le doyen Gérard CORNU dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, PUF, 7^{ième} édition, 2005.

³³⁷ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 27, n° 29.

³³⁸ Il n'existe pas encore à notre connaissance de théorie générale des contrats spéciaux systématisant avec acuité les traits distinctifs communs du droit de la consommation, du droit de la concurrence par exemple. Pour des analyses plus poussées, le lecteur pourra consulter la thèse de doctorat d'A. BELLOIR, *Théorie générale des contrats spéciaux*, Paris II, 2002, spéc. n° 395, 396 et s., p. 260 et s., cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, thèse précitée, p. 27, spéc. p. 12, note 71.

général qui s'étiole. Il faut donc aller dans le sens d'un *approfondissement et un renouvellement de la théorie générale du contrat*³³⁹ qui, prenne mieux en compte le droit vécu de nos jours dans l'espace OHADA. On se retrouve en face d'une question de choix entre tentative de systématisation des droits spéciaux qui se créent au détriment de la théorie générale du contrat ou adaptation de cette dernière³⁴⁰. Quelle que soit la position à privilégier, c'est à travers la clarification du champ réel d'application de cette harmonisation que nous arriverons à l'affirmer.

[154] Depuis la réforme du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, la question fut abordée de savoir s'il fallait distinguer les contrats civils de ceux commerciaux. La solution fut plutôt simple à trouver en droit sénégalais³⁴¹ mais elle ne l'est pas moins en droit OHADA. En effet, à l'époque, en droit sénégalais, les règles de procédure civile et commerciale n'avaient jamais distingué entre celles applicables aux contrats civils et celles applicables aux prestations commerciales. En réalité cette *dichotomie*³⁴² provient à l'origine en France du besoin d'édicter des règles différentes et spéciales en fonction de différentes classes sociales commerçantes distinguant entre les marchands fortunés et lettrés et le peuple illettré et plébéien. Aussi, la séparation des tribunaux en juridictions civiles et juridictions commerciales -en vigueur en France à l'époque- n'avait jamais été mise en œuvre au Sénégal. Sur un plan plus substantiel de

³³⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, éd. 1996, n° 12.

³⁴⁰ De tout temps et dans de nombreuses matières, la séparation en droit commun et en droits spéciaux existe et est même un trait de caractère des systèmes d'essence civiliste selon nous puisque la même systématisation ne se retrouve pas dans la common law. Cette distinction est un peu le pendant des autres distinctions quasiment propres à la civil law que sont celles entre droit public et droit privé, entre droit économique et droit des affaires. On retrouve ainsi la scission droit pénal général vs droit pénal spécial; dispositions générales du droit des sociétés vs celles spéciales; régimes généraux vs régimes spéciaux du droit de la responsabilité, etc.

³⁴¹ Le droit sénégalais a réglé la question en retenant à l'article 2 du Code des obligations civiles et commerciales que : « Sauf disposition contraire, la partie générale du présent Code s'applique sans distinction aux obligations civiles et commerciales. Les diverses catégories de contrats sont soumises de plus aux règles particulières du titre consacré aux contrats spéciaux. [...] ».

³⁴² L'expression est d'E. Allan FANSWORTH, *op.cit.*, p. 6, spéc. p. 12.

droit sénégalais, tous ces acteurs de droit civil ou de droit commercial concourent à une même économie de marché - essentiellement agricole et semi-industrielle - et la distinction n'apportait rien de fondamentalement important à retenir.

[155] La distinction entre droit commun général des contrats et droit des contrats spéciaux n'existe quasiment plus ou tend à disparaître du fait des imbrications³⁴³ et échanges intenses entre ces deux catégories. Le droit spécial des contrats a incontestablement pris sa revanche³⁴⁴ sur la théorie générale. La fragmentation du droit général des contrats face à la globalisation³⁴⁵ n'est que la résultante d'une prolifération des statuts contractuels généraux³⁴⁶ complété par ce que d'autres ont expliqué en utilisant l'expression de « patchwork des contrats spéciaux [qui] subit par nature les à-coups décalés de ses composantes »³⁴⁷. Le droit commun des contrats risquait donc un naufrage³⁴⁸, tellement il était ballotté et poussé au chavirement par les puissantes vagues conquérantes des droits spéciaux. Heureusement le naufrage n'eut pas lieu car la théorie générale a méticuleusement conservé secret le code permettant de systématiser les droits spéciaux : un stock des principes et le champ lexical précis des concepts et théories pour y arriver³⁴⁹. Le recul du droit commun des contrats n'aura donc été qu'une éclipse³⁵⁰.

³⁴³ Voir notamment Denis MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », dans G. PIGNARRE (Dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 72 et s.

³⁴⁴ Charlotte GOLDIE-GENICON, thèse précitée, p. 27, spéc. p. 16.

³⁴⁵ G. BROGGINI, « Le droit des contrats entre fragmentation et globalisation », in *Il contratto inadempuito, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, L. VACCA (Dir.), Giapichelli, Turin, 1997, p. 413, cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁶ Denis MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *Rev. des contrats*, 2033, p. 296 et 297.

³⁴⁷ A. BÉNABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », dans *Le Code civil, 1804-2004. Livre du bicentenaire*, p. 247.

³⁴⁸ A. HOLLAUX, « La fin des règles générales », *Bull. de l'institut international d'Administration publique*, 1976, p. 419 et s., spéc. p. 424, cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, thèse précitée, p. 27, spéc. p. 17.

³⁴⁹ L'idée est empruntée à Gérard CORNU, « L'unité du Code civil », *Droits*, 2006, p. 147 et s., spéc. p. 152 d'une part qui s'exprimait en des termes voisins en parlant de la partie générale du Code civil français : « Le Code civil est un stock de concepts. Toutes les notions fondamentales du droit privé sont en lui. Tout l'outillage de la discipline est là » ; et d'autre part à Philippe LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution du droit des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, Paris, 1985, n° 5, p.

[156] Dans l'actualité législative relativement récente de l'OHADA, on sait tous qu'un Acte uniforme a été adopté à propos des sociétés coopératives³⁵¹ (AUSC). Et on pourrait bien interpréter cette adoption comme la consécration d'une nouvelle catégorie de règles spéciales (comparées au droit commun général des contrats), régissant toutes les sociétés coopératives. Pourquoi multiplier les distinctions en complexifiant du coup les classifications? L'économie des pays membres de l'OHADA demeurant une économie tributaire de l'informel³⁵² et relativement embryonnaire, on ne voit pas pourquoi une distinction supplémentaire devrait être faite entre les actes commerciaux et les actes civils dans la réglementation du droit des contrats. Deux autres distinctions catégorielles existent déjà sous l'angle du droit de la consommation³⁵³ et de l'AUSC qui délimite bien son champ d'application à son article premier³⁵⁴.

[157] Pour traiter spécifiquement du champ d'application du futur droit commun des contrats des 17 pays membres de l'OHADA -question qui peut s'étendre à l'infini dans une thèse de doctorat-, nous avons choisi de commencer en partant des lacunes justement des PU. L'une des principales limites relevées à propos des Principes réside dans la limitation à l'origine de leur champ matériel aux contrats du commerce international. Il aurait été quasiment aberrant de procéder à une réforme du droit des contrats à l'échelle de tous ces

352, selon lequel la théorie générale donne les clés pour pénétrer dans le maquis du droit spécial. Cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, thèse précitée, p. 27, spéc. p. 17.

³⁵⁰ Charlotte GOLDIE-GENICON, thèse précitée, p. 27, spéc. p. 18.

³⁵¹ Acte uniforme sur les sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010 et publié au Journal officiel de l'OHADA le 15 février 2011. Il est entré en vigueur le 15 mai 2011.

³⁵² Voir à ce sujet nos développements dans la Partie 1/Titre 2/Chapitre 2/Section 1/ Paragraphe 2 pour des références plus fournies.

³⁵³ Voir notamment les distinctions opérées par le projet d'AU sur le droit de la consommation : contrats entre professionnels ou contrats entre consommateurs ou contrats entre un professionnel et un consommateur. Le projet est disponible sur le site du Club OHADA Canada : <http://ohadacanada.ca/fr/club-ohada-canada/documents-et-archives/>, dernière consultation le 23 décembre 2012.

³⁵⁴ L'analyse de cet Acte uniforme permet de distinguer notamment à son article 1^{er} entre les sociétés civiles, commerciales et « Toute société coopérative, toute union ou fédération de sociétés coopératives [...]. Toute confédération de sociétés coopératives qui fait option de la forme coopérative [...] ».

pays africains en maintenant le champ d'application restreint³⁵⁵ des Principes que la doctrine de même que des sentences arbitrales³⁵⁶ n'ont pas cessé de relever. Aller au-delà des Principes UNIDROIT dans le contexte de l'OHADA implique sur cette base un double mouvement. Le premier sur lequel nous n'insisterons pas outre mesure dans ces lignes, consiste à passer des contrats du commerce international aux contrats de droit interne. Ce passage nécessite une adaptation³⁵⁷ de certaines règles substantielles du commerce international tirées des Principes UNIDROIT à l'univers des contrats de droit interne que l'AUDC est censé en premier régir dans les États membres de l'OHADA. Cette amélioration des Principes est certes technique mais elle a été en majeure partie opérée par le professeur Marcel Fontaine sur la base des nombreuses expériences de transposition des Principes en droit interne³⁵⁸. De plus, ce mouvement d'amélioration est facilité par les règles d'applicabilité directe des normes communautaires OHADA dans le corpus juridique des États membres. C'est le principe de l'applicabilité directe des Actes uniformes de l'OHADA sur lequel nous ne reviendrons pas. Certains, que nous avons déjà

³⁵⁵ Voir par exemple l'article 3.1 (matières non traitées) pour les limitations expresses dans le champ d'application des Principes.

³⁵⁶ On peut citer à ce propos la décision arbitrale finale 11018 appliquant le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International en 2002 qui reconnaît l'incomplétude des Principes en matière de nullité pour illicéité.

³⁵⁷ Ce questionnement du possible usage des Principes d'UNIDROIT comme droit interne a fait l'objet d'une excellente thèse, ayant conduit à un ouvrage de David OSER, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : *a governing law?* », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

³⁵⁸ Nous citerons simplement quelques exemples connus de transposition ou de réforme inspirées à degrés divers des Principes : Allemagne, Argentine, Chine (Danhan HUANG, « The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China », dans *Rev. dr. unif.*, 2003, p. 107 et s.), Estonie, Lituanie (Mikelenas Valentinas, « Unification and Harmonisation at the Turn of the Millenium : the Lithuanian Experience », dans *Rev. dr. unif.*, 2000, p. 243 et s.), États-Unis (pour la réforme du *Uniform Commercial Code*), Roumanie, Russie (Alexei G. Doudko, « Hardship in Contract : The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia », dans *Rev. dr. unif.*, 2000, p. 483 et s.), Suisse, Québec et Viet-Nam pour s'en tenir à ceux là. Une importante bibliographie faisant état des pays qui se sont inspirés des PU est inscrite dans M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract*, 3rd Edition, 2004, pp. 238- 240 et s.

identifiés antérieurement, ont d'ailleurs trouvé meilleur de le qualifier de principe de supranationalité³⁵⁹ de l'OHADA et de ses règles.

[158] Le second mouvement est celui qui tient à la limitation ou non du droit OHADA des contrats aux seuls contrats commerciaux ou à l'élargissement de ce champ d'application à une théorie générale des contrats englobant contrats civils et contrats commerciaux. Devrait-on continuer de distinguer entre droit civil et droit commercial dans l'OHADA? L'OHADA régit-elle le droit des activités économiques³⁶⁰ ou le droit des affaires stricto sensu?

[159] Alors que nous partons du postulat qu'il serait opportun de procéder à la construction d'une théorie générale du droit des contrats, il est cependant nécessaire d'analyser d'abord les arguments des tenants d'une formalisation d'un droit spécial des contrats commerciaux. Nous commencerons donc par les objections présentées par des auteurs hostiles à cette idée d'un droit commun des contrats unique et plutôt favorables à une sorte de droit commun spécial des contrats³⁶¹ ou théorie générale des contrats spéciaux.

SECTION 1 : Les objections à une uniformisation générale des contrats

[160] Plusieurs arguments ont été évoqués à l'appui d'une hostilité de principe à une théorie générale des contrats OHADA. Nous procédons ci-après à l'analyse des arguments

³⁵⁹ Djibril ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », R.B.D., n° 37, 2000, p. 7 et s. Disponible sur www.ohada.com, dernière consultation le 13 septembre 2012, référence OHADATA D-02-02.

³⁶⁰ Comme pour nous répondre, Justine Diffo TCHUNKAM parle d'un nouveau *droit des activités économiques*. V. Justine D. TCHUNKAM, *Droit des activités économiques et du commerce électronique. L'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010*, Éd. L'harmattan, 2011.

³⁶¹ Pascal PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », dans *Le monde du droit*, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, Économica, 2008, p. 825 et s.

majeurs qui tout en étant justifiables ne résistent pas entièrement à la critique. Il s'agit principalement de :

- la perméabilité du champ matériel du droit OHADA et
- l'abandon de la distinction droit-commercial/droit civil avec l'essor du droit des affaires OHADA.

Paragraphe 1 : La perméabilité critiquée du droit OHADA des affaires

[161] Il existe des éléments textuels et factuels qui favorisent cette perméabilité. Toutefois, même si la perméabilité est effective, elle devrait être assumée pleinement car les risques qu'elle pourrait entraîner sont canaliables aisément en cas de débordement, ils sont facilement maîtrisables par le législateur.

A- Les facteurs de perméabilité

[162] Les partisans d'un droit spécial des contrats commerciaux de l'espace OHADA affirment en soutien à leur prétention que le champ matériel de compétence de l'OHADA devrait rester confiné au droit des affaires³⁶² dans sa conception stricte. Dans le même temps, on constate que ce n'est pas pour autant qu'ils ne reconnaissent pas qu'en l'état actuel du droit OHADA, la conception du droit des affaires retenue par le Traité fondateur est celle d'un droit des affaires large au contenu extensible dans la limite des objectifs de

³⁶² Pour des clarifications diverses mais générales consacrées à ce domaine, V. Jean-Pierre ARCHAMBAULT, *Droit des affaires*, 5^{ème} éd., Beauchemin, 2011, p. 5, spéc. n° 1.1.4.; Claude CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, Coll. Que sais-je?, Paris, 1981; Yves GUYON, *Droit des affaires*, tome 1 et 2, Éd. Économica, Paris, 1994; mais aussi Georges RIPERT, René ROBLOT, Michel GERMAIN et Louis VOGEL, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1998 qui retiennent un droit des commerçants (conception subjective), opposée à la conception objective qui préfère un droit des actes de commerce. À notre avis, le droit des affaires se trouve à cheval entre les deux conceptions. Selon les types de rapports juridiques qu'il faut établir et les preuves à faire, les deux conceptions peuvent s'alterner utilement.

l'OHADA. La lettre et l'esprit de l'article 2 du Traité OHADA constituent les premiers facteurs de perméabilité du droit des affaires OHADA. En effet, suivant l'article 2 du Traité, les matières faisant partie du droit des affaires OHADA peuvent être étendues à « toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité ». Cette texture ouverte de l'article permet qu'on puisse y retenir autant de matières qu'on le désire en lien avec le droit des activités économiques. Ce même article du Traité a permis à certains auteurs de retenir que le droit du commerce électronique³⁶³ faisait partie du droit des affaires OHADA.

[163] Pour ces opposants à une théorie générale des contrats, l'OHADA n'est pas une institution d'intégration économique³⁶⁴. Ils ne peuvent pas pour autant contester qu'elle harmonise le droit des activités économiques³⁶⁵. C'est d'ailleurs l'opinion du professeur Jean Paillusseau qui n'y voit rien d'autre qu'un « droit des activités économiques »³⁶⁶. Quels arguments juridiques brandissent alors les tenants d'une harmonisation stricte du droit des affaires excluant par la même occasion, le droit des contrats et le droit de la preuve? Ils invoquent un risque de démesure qui entraînera des conflits avec les institutions d'intégration économique³⁶⁷ ainsi qu'un englobement du droit interne³⁶⁸.

³⁶³ Mouhamadou Sanni YAYA, « OHADA et commerce électronique : la problématique de l'article 2 du Traité », Revue JADA, Numéro spécial, Mars-avril 2013 reprenant les Actes du Forum OHADA Canada des 22 et 23 mars 2012 à Montréal. Disponible sur www.jadaf.fr, dernière consultation le 06 juin 2013.

³⁶⁴ Paul-Gérard POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, *Doctrine*. L'auteur y affirme clairement dans cet article : « l'OHADA n'est pas une communauté politique ou économique, mais une organisation interétatique conçue exclusivement comme un outil technique. ».

³⁶⁵ Pour une opinion nuancée, V. G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il? », *Mélanges offerts à P. Vigreux*, t. 2, 1981, p. 767 et s.

³⁶⁶ PAILLUSSEAU Jean, « L'influence de la mondialisation sur le droit des activités économiques », Conférence faite le 04 février 2008 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation française, disponible sur www.ohada.com, référence D-08-07. Du même auteur et reprenant la même idée de droit des activités économiques en droit OHADA, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Communication à la Journée de l'Association Henri Capitant du 22 novembre 2002, Paris, in Petites Affiches, Le Quotidien Juridique, n° 205, p. 19.*

³⁶⁷ En soi, ce n'est pas l'adoption d'une conception large du droit des affaires qui crée les conflits. Ces derniers existaient déjà entre les différentes institutions économiques à vocation régionale et sous-régionale

B- Les atténuations des risques de cette perméabilité

[164] Concernant les risques de conflits liés à cette perméabilité, les auteurs eux-mêmes mentionnent la solution qui passe par une concertation préalable de tous les acteurs de l'intégration juridique et économique en Afrique. L'adoption d'un Acte uniforme sur le droit comptable a été le lieu de tester l'efficacité³⁶⁹ de cette méthode de concertation qui peut être globalement appliquée et ainsi renvoyer aux calendes grecques cet argument de risque de conflits entre institutions africaines d'intégration juridique et économique.

[165] En ce qui concerne les risques d'engloutissement du droit interne au complet, l'argument ne nous paraît pas dirimant en ce sens que des pans entiers de droit interne demeurent non harmonisables. Si logiquement, le droit public est exclu et que l'on considère uniquement le droit privé³⁷⁰ et certains droits mixtes, on peut énumérer le droit foncier, le droit des personnes et de la famille, le droit pénal³⁷¹ ou criminel - spécifiquement dans l'attribut souverain d'édiction de la sanction pénale³⁷² ; autant de domaines qui difficilement pourraient entrer sous le giron de l'article 2 du Traité qui

en Afrique. CEDEAO, UEMOA, OAPI, CIMA, CIPRÈS... L'AUDC ne crée aucun conflit nouveau : il accentue peut-être le conflit CCJA vs autres institutions existant.

³⁶⁸ Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, Cameroun, 2008, p. 72 - 74.

³⁶⁹ Pour une idée du résultat critique de cette concertation, voir, NEMEDEU Robert, « Une présentation critique de l'Acte uniforme Ohada du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan comptable OCAM-CEMAC », *Juris Périodique*, n° 58, avril-juin 2004, p. 94.

³⁷⁰ Certains auteurs ont suggéré subtilement que l'expression droit privé serait un abus de langage, une vue de l'esprit conservée par simple habitude ou illusion. Il faut tout de même préciser que ces écrits ne visaient pas directement une question de police terminologique mais essentiellement le caractère social et relationnel de la règle de droit civil. Voir, Hugo CYR et François CHEVRETTE, « Le droit privé : un abus de langage? », dans Generosa Bran MIRANDA et Benoît MOORE (Dir.), *Mélanges Adrian POPOVICI. Les couleurs du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 573 et s.

³⁷¹ Athanase FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Recueil Penant*, 2007, n° 859, p. 196.

³⁷² La précision est utile surtout que l'OHADA a procédé à la définition d'incriminations pénales non suivies d'harmonisation des sanctions qui sont laissées au soin des législateurs internes. Pour un exemple voir, Rabani ADAMOU, « Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale », disponible sur www.ohada.com/doctrine, dernière consultation le 17 mai 2013, référence D-05-30.

définit les champs devant faire l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'OHADA. À la suite de cette mise au point il faut ajouter que cette perméabilité ne veut en rien porter ombrage ou faire disparaître les cours de cassation ou cours suprêmes nationales dont l'utilité demeurera toujours³⁷³.

[166] La réfutation de ces arguments permet de retenir dans un premier temps, que même si une conception extensive du droit des affaires est celle retenue par l'OHADA, cette dernière rencontre des impondérables qui limitent l'œuvre d'uniformisation entreprise. Ces impondérables permettent de ne pas craindre de dérives législatives, du moins en l'état actuel des matières à uniformiser. Il n'y a en aucun cas de risque que tout le droit soit harmonisé comme certains auteurs³⁷⁴ ont pu conclure. Aussi doit-on retenir dans un second temps, que c'est le droit des activités économiques qui fait partie du champ d'application de l'OHADA et en ce sens, le droit général des contrats devrait être harmonisé. Il faudra donc élaborer un droit commun des contrats tant civils que commerciaux qui sonnerait définitivement le glas sur le continent africain de cette opposition dépassée entre droit civil et droit commercial.

Paragraphe 2 : L'abandon discuté de la distinction droit commercial/droit civil

[167] Nous élaborerons brièvement à propos de l'évolution de cette distinction en droit international comparé (A-) puis en droit OHADA (B-).

³⁷³ Voir les critiques de l'AAHJF énoncées au chapitre précédent et qui ont fait l'objet d'une excellente mise en contexte par le Pr SOSSA Dorothé, actuellement Secrétaire Permanent de l'OHADA, dans « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation », *op. cit.* p. 82, spéc.p. 348.

³⁷⁴ Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p. 10, spéc. p. 78.

A- Le sort de la distinction en droit comparé

[168] Cette opposition utile d'antan³⁷⁵ mais actuellement galvaudée n'est que l'une des causes de la conception extensive du droit des affaires préconisée par l'OHADA. Cette réalité découlerait pour certains auteurs du fait que le droit commercial est utilement et fonctionnellement³⁷⁶ sorti de son domaine d'exception pour empiéter sur des espaces réservés jusque-là au droit civil³⁷⁷. Un rapide coup d'œil du côté du droit français nous conduit à citer le professeur Cabrillac qui affirmait qu'« il est permis de penser que le droit commercial se meurt, sinon qu'il est mort ou qu'il doit fatalement mourir ... »³⁷⁸. Pour cet auteur, le droit commercial, combiné à certains aspects du droit civil n'a fait que se muer en droit des affaires ou en droit de l'entreprise selon les circonstances et les domaines concernés. Sur ce dernier point, M. Cabrillac est rejoint par les professeurs Pougoué et Kalieu Elongo qui admettent bien volontiers dans le droit OHADA, l'abandon progressif de la distinction classique droit civil/droit commercial³⁷⁹.

[169] Des exemples de cette métamorphose sont légion en droit français par exemple où le bail qui ne se concevait qu'entre commerçants est devenu ouvert aux non commerçants

³⁷⁵ L'utilité de cette distinction allait de paire avec la *summa divisio* du droit civil notamment la distinction droit public/droit privé qui est de plus en plus remise en cause pour ne pas dire dépassée de nos jours. Voir Horatia MUIR-WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation des conflits de lois), A.P.D., n° 41, 1997, p. 207. Pour une approche plus comparative et provenant d'un juriste de *common law*, V. Geoffrey SAMUEL, « Un *common lawyer* confronté aux distinctions traditionnelles du droit français : droit privé, droit public, droit commercial », dans Louis VOGEL (Dir.), *Droit GLOBAL Law. La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité?*, Éditions Panthéon Assas, 2002, p. 49 et s.

³⁷⁶ Ch. LYON-CAEN, « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », dans *Le livre du bicentenaire du Code civil*, supra note 5, p. 207.

³⁷⁷ Voir par exemple Justine DIFFO TCHUNKAM, « La distinction droit civil - droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », *Revue de droit uniforme*, numéro spécial, vol. XIV, 2009, p. 57 et s. Disponible sur www.ohada.com/doctrine, dernière consultation le 17 mai 2013, référence Ohadata D-10-25.

³⁷⁸ Michel CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial? », dans *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit*, Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997, p. 329.

³⁷⁹ Paul-Gérard POUGOUÉ, *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1210 à 1214; Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *Op. cit.*, p. 10.

quittant le champ commercial pour celui civil³⁸⁰. La notion classique de patrimoine³⁸¹ à l'origine typiquement de droit civil est passée au droit commercial puis comptable³⁸² au fil des années. La faillite elle aussi était au départ une sanction visant uniquement les commerçants mais elle de nos jours un remède qui peut s'appliquer à tout type de société civile comme commerciale³⁸³.

[170] Les finalités différentes relevées entre ces deux domaines du droit ne sont plus d'actualité. On ne s'en rend pas toujours compte parce que la nature humaine, le juriste en particulier est par essence conservateur et n'accepte de modifier ses modes opératoires que s'il y est contraint par la nécessité³⁸⁴. On retenait par le passé des exigences de simplicité et de rapidité s'appliquant pour le droit commercial alors que le droit civil n'en était pas caractérisé. Tout récemment encore, Félix Onana Étoundi rappelait « qu'il subsiste des différences remarquables entre le droit civil et le droit des affaires ; en particulier les règles du droit commercial répondent à des besoins de rapidité, de crédit et de sécurité propres au commerce, ainsi qu'à des considérations particulièrement importantes de confiance et de bonne foi »³⁸⁵.

[171] Sans pour autant dire que l'analyse de cet auteur est erronée, on montrera simplement comment l'abandon de cette distinction se constate dans le processus d'uniformisation de l'OHADA et s'explique par un certain nombre de raisons spécifiques.

³⁸⁰ Bernard SAINTOURENS, « Le bail commercial des non commerçants », dans *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à J. DERRUPÉ*, Litec, Paris, 1991, p. 93.

³⁸¹ Alain SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Mélanges Germain Brières*, 1993, p. 314. Voir aussi du même auteur, RTDCiv. 1994, p. 801 et s.

³⁸² Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 4^{ème} éd., Juriscope, 2012, p. 767 et s.

³⁸³ C'est le cas du droit OHADA qui parle de droit des entreprises en difficulté en y consacrant un Acte uniforme qui suivant son article 2 régit aussi bien les sociétés civiles que celles commerciales.

³⁸⁴ Cette réalité découle de la conception anthropologique du droit notamment celle de Norbert ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je?, Paris, 1996, p. 68 - 93.

³⁸⁵ Félix ONANA ÉTOUNDI, Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif./Unif. Law Rev.* 2005, n° 4, p. 683 et s., spéc. p. 711.

Nous reprendrons à contre-courant certains arguments de M. Étoundi³⁸⁶ tout en tirant exemple³⁸⁷ des domaines transversaux du droit des affaires que l'OHADA sans ambages ni difficultés majeures a codifiés.

B- Le dépassement de la distinction en droit OHADA

[172] Le premier exemple de ce dépassement se retrouve en droit OHADA des sûretés. Lorsqu'on suit l'évolution de la distinction en droit français, on se rend compte qu'en matière de sûretés elle a conduit à distinguer entre sûretés de droit civil (cautionnements civils par exemple) et sûretés de droit commercial (cautionnements commerciaux), toutes les deux restant régies par des règles du Code civil français même après les dernières réformes du droit des sûretés français³⁸⁸. En droit OHADA, le législateur a retenu une seule définition du cautionnement à l'article 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (ci-après AUPOS). Il y a donc une ignorance délibérée de la part du législateur africain des implications d'une distinction encore chère au droit français des sûretés. Cette ignorance délibérée ne se limite pas à la définition du cautionnement mais s'étend aussi aux modalités de certaines sûretés personnelles. Ainsi en est-il de la présomption de solidarité jusque-là limitée à la caution de type commercial et qui concerne aussi en droit OHADA la caution de type civil : le cautionnement est réputé solidaire pour toutes les parties sauf mention contraire expresse ou prévision par la loi de l'État partie³⁸⁹. On peut confirmer la tendance en reprenant l'exemple donné par Yvette Kalieu Elongo à propos

³⁸⁶ Voir note de bas de page n° 87 de l'article de Félix ONANA ÉTOUNDI, *ibid.* ; L'auteur y mentionne justement comme preuve, de façon générale, la solidarité en matière civile et commerciale; la gratuité du mandat civil qu'il oppose à la rémunération du mandataire commercial.

³⁸⁷ Ces exemples en substance sont tirés de l'ouvrage de Paul-Gérard POUYOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p. 10, spéc. p. 135 - 140.

³⁸⁸ Pour une comparaison systématique du droit français des sûretés et de l'AUPOS, V. Michel GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *LPA*, Numéro spécial du 13 oct. 2004, n° 205, p. 30.

³⁸⁹ Art. 10 AUPOS.

des règles relatives à la mention manuscrite, construites pour protéger les cautions de type civil mais qui se distinguent à la fois des règles de preuve civiles et des règles de liberté de preuve en matière commerciale. La distinction droit civil/ droit commercial est donc bien ignorée en matière de sûretés personnelles OHADA. Le constat est quasiment le même en matière de sûretés réelles puisqu'en droit OHADA contrairement au droit français³⁹⁰, le gage est également unique dans sa définition et dans ses modalités d'application³⁹¹. Pour ce qui est du droit des sûretés réelles également, la distinction droit civil/ droit commercial est donc bien ignorée et semble inviter justement à poursuivre avec un droit des contrats faisant également pareil c'est-à-dire englobant les deux types de contrats à savoir civil et commercial, général et spécial.

[173] Le deuxième exemple du dépassement de la distinction entre droit civil et droit commercial peut être tiré de l'harmonisation du droit de l'arbitrage se déroulant dans l'espace géographique de l'OHADA. En effet, l'arbitrage OHADA couvre tous types d'arbitrages sans considération de leur caractère civil ou commercial. Le seul critère considéré par l'article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (ci-après AUDA) est le lieu de situation du siège du tribunal qui doit être dans l'un des États parties. Cette réalité ôte toute prétention à une quelconque considération de cette distinction dans l'espace OHADA en matière d'arbitrage.

³⁹⁰ Pour d'autres distinctions mais aussi des adaptations de l'OHADA à l'évolution du droit commercial français, V. Jean-Claude JAMES, « L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone », dans Xavier HENRY (Dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, p. 555 et s., spéc. p. 565 - 567 et 568.

³⁹¹ Voir article 40 AUPOS pour une définition du gage qui ne distingue pas entre gage civil et gage commercial; Article 50 et s. AUPOS pour les modalités du gage. La solidarité entre le débiteur transféré et le créancier gagiste est par exemple automatique en droit OHADA suivant l'alinéa 4 du même art. 50 et ce quelque soit la nature du gage.

[174] Un troisième exemple nous vient de l'élargissement législatif des fonctions du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'OHADA (RCCM³⁹²). Pour illustrer cette réalité, on peut à juste titre rappeler qu'il y a plus de cinquante ans, les commercialistes considéraient en France notamment, le registre du commerce comme un attribut essentiellement caractéristique de la profession commerciale sans que les membres de professions libérales, les agriculteurs, etc. ne puissent s'y immatriculer. La distinction à ce niveau se trouve battue en brèche par le fait que de nos jours, l'«inscription d'un acteur ou d'une opération économique au registre du commerce ne permet pas de préjuger de la qualité de commerçant ou de la commercialité de l'acte». Le RCCM de l'OHADA, désacralisé, devient ainsi un instrument institutionnel caractéristique de l'abandon de la distinction autrefois chère au droit. De la conclusion de Monsieur Koné³⁹³, repris par Pougoué et Kalieu Elongo, le RCCM devient actuellement un registre des opérateurs et des opérations économiques sans considération de l'appartenance à une profession commerciale, libérale ou autres.

[175] Un quatrième et dernier exemple peut enfin être perçu à travers la nouvelle conception du « bail à usage professionnel »³⁹⁴ retenue par l'OHADA. Pour prétendre être bénéficiaire d'un bail commercial, le contractant ne doit plus seulement avoir la qualité de commerçant; il peut simplement être un industriel, un artisan, un membre d'une profession libérale ou n'importe quel professionnel. L'extension vise ainsi à inclure dans cette

³⁹² C'est l'art. 35 de l'AUDCG révisé qui prévoit l'objet du RCCM. De façon générale, le RCCM est régi par les articles 34 à 43 de l'AUDCG. Les articles 79 et s. traitent de son informatisation.

³⁹³ Paraphrase de Mamadou KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA*, Bibliothèque de droit privé, t. 406, L.G.D.J. 2003, n° 353 et s. cité par Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p. 10, spéc., p. 139.

³⁹⁴ C'est la dénomination retenue actuellement par le nouvel Acte uniforme sur le droit commercial général. V. Livre 6, Titre 1, Art. 101.

catégorie de bénéficiaire, les personnes civiles qui exercent une profession à la condition qu'elles remplissent les autres exigences³⁹⁵ de formation du bail à usage professionnel.

[176] En conclusion, au soutien de notre prétention, on n'assiste plus à un simple dépassement de la distinction droit civil/droit commercial mais à son abandon³⁹⁶ pur et simple en droit OHADA. Ceci conforte notre avis selon lequel il est non seulement nécessaire d'harmoniser le droit des contrats mais surtout d'ériger un droit commun des contrats qui prévoit des règles à la fois pour les contrats civils et commerciaux. Étendre l'Acte uniforme sur le droit des contrats aux contrats civils et commerciaux n'est pas le facteur mettant un terme à la division entre droit civil et droit commercial comme a pu l'affirmer M. Étoundi³⁹⁷; c'est au contraire une nécessité qui s'impose au regard de l'évolution du droit OHADA et que rien ne justifie de craindre.

[177] La réfutation des arguments des adversaires d'un droit commun des contrats nous conduit à passer en revue les derniers arguments qui au contraire, militent en faveur d'une théorie générale des obligations tant civiles que commerciales.

Section 2 : La pertinence d'un droit commun général des contrats OHADA

[178] Le professeur Éric Savaux dans sa magistrale thèse affirmait que « le progrès ne peut venir d'un éclatement du droit des contrats »³⁹⁸. Un droit commun des contrats est

³⁹⁵ Art. 103 et s. AUDCG Nouveau

³⁹⁶ Paul-Gérard POUGOUÉ et Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, *op. cit.*, p. 10, retiennent un abandon progressif de la distinction suivi de l'émergence d'une nouvelle distinction entre droit des professionnels et droit des non-professionnels.

³⁹⁷ F. O. ÉTOUNDI, *ibid.*, p. 712.

³⁹⁸ Éric SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Préf., Jean-Louis AUBERT, L.G.D.J., Paris, 1997, n° 139, p. 97.

donc plus qu'opportun et pertinent : il est indispensable. La démonstration de cette nécessité commencera par des développements relatifs à l'inexistence d'une théorie générale des contrats commerciaux³⁹⁹ que prônent nos protagonistes. Elle finira avec des clarifications sur les risques énormes encourus en suivant l'idée d'une harmonisation des contrats commerciaux uniquement⁴⁰⁰ dans l'espace OHADA.

Paragraphe 1 : L'inexistence d'une théorie générale des contrats commerciaux⁴⁰¹

A- La rareté des arguments en faveur de la théorie

[179] Alors que la majorité de la doctrine⁴⁰² s'accorde à reconnaître le caractère unique et inusité de l'éventualité d'une théorie générale du droit des contrats spéciaux, il s'est trouvé des auteurs au sein de l'OHADA⁴⁰³ et ailleurs également⁴⁰⁴ pour soutenir avec brio l'idée d'une telle théorie "d'étonnante". Ils sont rares les auteurs comme Loïc Cadiet qui

³⁹⁹ L'idée contraire semble avoir été avancée expressément depuis 1986 par le professeur Loïc CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans *Le droit contemporain des contrats, Bilans et perspectives*, Préface Gérard CORNU, Economica, 1987, p. 7 et s.

⁴⁰⁰ Les développements de cette section sont un prélude à la corrélation entre droit commun et droit spéciaux des contrats que nous ferons dans le dernier chapitre de cette thèse.

⁴⁰¹ Pour une vue d'ensemble de la question en droit français avec un débat dialectique assez pointilleux, Voir, Débats autour de la question : *Une théorie générale des contrats spéciaux?*, Revue des contrats, Avril 2006, p. 597 et s.

⁴⁰² François COLLART DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », Revue des contrats, avril 2006, n° 2, p. 604 et s ; Pierre-Yves GAUTHIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contratsspéciaux », Revue des contrats, op. cit., p. 610 ; Jacques RAYNARD, « Pour une théorie générale des contratsspéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », Revue des contrats, Avril 2006, p. 597 et s.

⁴⁰³ Paul-Gérard POUGOUÉ et Joseph Issa SAYEGH semblent défendre cette idée à travers leurs propositions contenues dans l'article conjoint « L'OHADA : Défis, problèmes et tentatives de solutions », Rev. dr. unif. 2008, NS, Vol XII, n° 1 et 2, p. 455, spéc. p. 468 et 469.

⁴⁰⁴ Les deux directeurs de la Revue des contrats, les professeurs MAZEAUD Denis et REVET Thierry semblent appartenir à cette catégorie des partisans virtuels d'une telle théorie générale au regard du titre évocateur et très suggestif sous forme de plaidoyer qu'ils ont attribué au colloque consacré à la question : *Pour une théorie générale des contrats spéciaux*.

affirmeraient d'emblée que pour construire un droit commun des contrats spéciaux il suffirait :

« d'intercaler, entre le droit commun du contrat, considéré en général, et les droits propres à chaque espèce de contrat, considérée en particulier, une sorte de théorie générale des contrats spéciaux. Se distinguant du droit commun et du droit spécial, cette théorie générale intermédiaire suppose de regrouper les espèces de contrats au sein de familles de contrats »⁴⁰⁵.

[180] En effet, au-delà de certains théoriciens prêts à se risquer dans la tentative de conceptualisation⁴⁰⁶, la grande partie des auteurs se contente de démontrer leur relative sympathie virtuelle⁴⁰⁷ vis-à-vis de l'idée sans plus d'initiative concrète⁴⁰⁸. François Collart Dutilleul d'emblée doute qu'une théorie gouvernant les contrats spéciaux puisse être générale. Pour lui, si elle l'était, elle s'inscrirait alors plutôt dans le champ du droit commun. Toute tentative d'approfondissement théorique d'un droit commun des contrats spéciaux finirait par rejoindre le droit commun⁴⁰⁹. Il ne saurait à notre sens en être autrement. Les développements à ce propos sont peut-être justifiables ou plutôt explicables par des « illusions d'optique ». Ces illusions consistent en des amplifications de phénomènes juridiques réels mais temporaires⁴¹⁰ et très diversifiés, appelés à passer tels des éclipses juridiques. Pour Daniel Mainguy, au-delà du constat de l'éclatement des

⁴⁰⁵ Loïc CADIET, *Ibid.*, p. 30.

⁴⁰⁶ Voir A. BELLOIR, *Théorie générale des contrats spéciaux*, Thèse, Paris II, 2002.

⁴⁰⁷ Voir par exemple Jacques RAYNARD, *op. cit.*, qui au début de sa chronique dans la revue des contrats précitée, reconnaît « s'essayer à l'exercice » parce qu'il « semble de bon ton, d'adhérer à l'invite ». La virtualité de l'intérêt réside dans le fait que plutôt que d'esquisser une théorie générale des contrats spéciaux, M. RAYNARD se contente de relever les insuffisances respectives du droit commun du contrat et celles liées à l'absence d'une théorie générale, socle du droit spécial des contrats. On notera au passage que l'auteur dans cette chronique se contente de constater clairement l'inexistence de la fameuse théorie.

⁴⁰⁸ C'est ainsi que Philippe JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René SAVATIER, Poitiers, 24-25 oct. 1985, P.U.F., Paris, 1986, p. 135 affirme simplement avec emphase qu'« il faut, de toute urgence, inventer une théorie générale des contrats spéciaux », preuve implicite cette fois-ci qu'elle n'existe pas.

⁴⁰⁹ François COLLART DUTILLEUL, *Ibid.*, p. 604

⁴¹⁰ Le Doyen GROSS parlait à ce propos d'« éclatement des contrats spéciaux en une multitude de contrats spécialisés », Bernard GROSS et Philippe BIHR, *Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, Thémis, Droit privé, 2002, 2^{ième} éd., n° 5.

contrats spéciaux, il relève d'énormes difficultés tenant à la méthode de conceptualisation⁴¹¹, au domaine⁴¹² à considérer et après analyse, conclut en répondant à l'interrogation qui suit : Une théorie générale des contrats spéciaux ne serait-elle donc rien d'autre qu'une théorie générale des contrats ? C'est fort possible.

[181] Pierre-Yves Gauthier⁴¹³ préfère, s'il fallait vraiment généraliser, parler d'une « théorie *familiale* des contrats spéciaux » à laquelle certains auteurs ont attribué une portée intermédiaire⁴¹⁴. L'expression a une connotation négative et renvoie à l'idée de regroupements juridiquement *sectaires* qui dans le contexte africain pourraient avoir des répercussions insoupçonnées. M. Étoundi par exemple, sans tenter une conceptualisation, insiste sur l'occasion unique offerte à l'OHADA d'innover encore une fois avec un droit commun des contrats commerciaux et des droits particuliers des mêmes contrats. Un solide

⁴¹¹ L'auteur utilise une imagerie pour clarifier l'une des difficultés qui « est celle de la poule et de l'œuf : le droit des contrats a-t-il précédé le droit des contrats spéciaux ou est-ce l'inverse ? Les historiens du droit savent bien que c'est plutôt la seconde proposition qu'il faut privilégier. Les contrats spéciaux ont prospéré, sous l'action du préteur romain sans que le droit romain parvienne à retenir, sinon de façon ambiguë, un principe d'obligatoire de tous les contrats, en raison de la prééminence du processuel sur le contractuel, de l'action attachée au contrat sur le contrat qui fait naître l'action. La généralisation ne naît véritablement et de façon pérenne que par la redécouverte du droit romain et sous l'influence du christianisme, au Moyen-âge pour reconnaître un effet obligatoire à tous les contrats, *pacta sunt servanda*, conduisant finalement à notre actuel article 1134 du Code civil », tiré de Daniel MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », *Revue des contrats*, avril 2006, n° 2, p. 615 et s.

⁴¹² D. MAINGUY, *id.*, « Si l'on tente de circonscrire le domaine des contrats spéciaux, faut-il s'en tenir à la liste, même un peu élargie des contrats nommés, tant le législateur se montre prolix, allant même dans la récente loi Dutreil du 2 août 2005 à proposer le régime d'un contrat de coopération commercial dont les spécialistes du droit de la concurrence sont coutumier mais qui surprendra à plus d'un titre les praticiens du droit des contrats internationaux. Convient-il au contraire d'envisager tous les contrats spéciaux même les contrats « typés » pour reprendre l'expression mise en exergue par les travaux de Judith ROCHFLED et inclure, ce faisant, la cohorte des contrats de distribution ou de production comme le font d'ailleurs certains auteurs de manuels de droit des contrats spéciaux, et bien d'autres encore ? Une théorie générale des contrats spéciaux ne peut, par hypothèse, égarer certains contrats, en retenir d'autres, sur le critère, bien peu opérationnel et dépourvu de tout critère scientifique, que tel contrat fait l'objet d'une définition légale et pas tel autre ». Mais alors, on s'aperçoit bien vite que, à part, quelques contrats considérés comme sui generis faute de leur trouver une appellation adéquate et souvent pour les soustraire à un régime draconien, tous les contrats sont, pratiquement, des contrats nommés ou typés, ou appelés à le devenir, ou bien que, s'ils ne le sont pas - s'ils ne le sont pas encore -, ils sont des combinaisons de conventions ou de clauses connues qui, assemblées, forment un nouveau contrat original, jusqu'à sa répétition et sa (re)connaissance.

⁴¹³ Pierre-Yves GAUTHIER, *op. cit.*, p. 611. L'auteur écrit entre autres qu'« à partir du moment où il existe une théorie générale des obligations [...], lui-même porteur de filins entre les contrats, il semble opportun de conserver aux contrats spéciaux leur relative autonomie technique, tout en soulignant leurs points communs, par le jeu susvisé « *des familles* » ».

⁴¹⁴ François COLLART DUTILLEUL, *op. cit.*, p. 112, spéc. p. 605 abonde dans le même sens en précisant la portée réduite de cette classification par famille de contrats spéciaux.

argumentaire essentiellement factuel⁴¹⁵ mais aussi juridique va à l'encontre de cette propension on ne peut trop poussée à l'innovation juridique, peut-être sans égards à l'effectivité et la fiabilité de telles règles ainsi qu'à leur facilité à créer des conflits de textes plus qu'à les limiter.

B- Les nombreuses critiques s'opposant à la théorie

[182] Nous mentionnons pour commencer - argument purement factuel - qu'il n'existe qu'une seule théorie générale des contrats partout au monde; que quinze (15) des dix-sept (17) pays membres actuels de l'OHADA ont tous un code civil, certes vétuste, mais régissant tant les contrats civils que ceux commerciaux; que les deux autres États membres ayant réformé leur droit des obligations, loin d'abonder dans le sens de cette innovation presque démesurée, ont plutôt récemment codifié un droit des obligations tant civiles que commerciales⁴¹⁶. Arguments factuels certes : mais comment ne pas les considérer quand on sait que l'une des critiques majeures sinon la principale faites à l'Avant-projet est de ne pas tenir compte des spécificités africaines. N'est-ce pas là une spécificité propre à ces dix-sept (17) États membres de l'OHADA? Pourquoi faut-il, modifier ce *fonds contractuel africain* déjà harmonieux à bien des égards? Pourquoi faut-il, au nom de l'innovation juridique à

⁴¹⁵ C'est le même type d'arguments factuels que l'on retrouve dans la thèse de doctorat d'A. BELLOIR, *précitée*, n° 395 et s., p. 260 et s. Pour cet auteur l'analyse factuelle des classifications légales des contrats issues du Code civil (Art. 1102 et s. C.civ. français) suffit à révéler l'existence d'un droit commun spécial des contrats. Ces catégories classifiées appartiendraient donc à la théorie générale des contrats spéciaux. Le paradoxe réside dans le fait que l'auteur allie ces réflexions factuelles avec une tentative de théorisation outrancière à notre sens. C'est ainsi qu'il veut « élaborer une théorie générale des contrats spéciaux qui ne reposerait pas sur une nouvelle classification de contrats spéciaux, mais sur l'élaboration d'un droit commun spécial, induit de règles propres à certains contrats particuliers mais possédant une « *force d'expansion* », (n° 14, p. 14 de la thèse) autorisant leur « *rayonnement normatif* », (n° 13, p. 14 de la thèse) à d'autres contrats. Le droit commun spécial « prendrait ainsi racine, non pas dans une certaine conception “spirituelle” ou “idéale” du contrat » mais viendrait « directement de l'intérieur des contrats », (n° 14, p. 14), cité par GOLDIE-GENICON, *Thèse précitée*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 105, n° 71, note 3. Aussi séduisante et théorisée que soit l'approche, elle convainc difficilement pour cause d'abstraction à outrance dans un domaine qui est juridiquement et techniquement trop spécifique..

⁴¹⁶ Il s'agit du Sénégal et du Mali qui montrent déjà l'exemple à suivre.

tout prix, changer le “noyau commun”⁴¹⁷ du droit contractuel africain qui se profile si clairement?

[183] Même si par honnêteté intellectuelle, nous devons poursuivre en précisant que rien juridiquement n’interdit la création d’une telle théorie générale des contrats spéciaux, nous ne pouvons continuer sans attirer l’attention sur le fait qu’une règle de droit ne vaut rien si elle crée plus de difficultés d’application qu’elle n’en résout⁴¹⁸. En effet, que vaut une innovation si elle conduit inéluctablement à la perte ou tout au moins à un “cafouillage juridique”? En effet, le traitement du droit des contrats par le truchement d’une réglementation des contrats spéciaux aura en Afrique de nombreux effets pervers⁴¹⁹ qu’un droit commun des contrats vient tempérer. On rappellera qu’en droit suisse, dans la récente loi chinoise sur les contrats⁴²⁰, dans le code civil néerlandais⁴²¹ et dans le Code civil du Québec⁴²², la distinction entre actes commerciaux et actes civils n’est pas retenue or il s’agit des codifications mondiales les plus récentes en matière de droit des contrats.

[184] Alors que l’on déplore la vétusté du corpus contractuel des États de l’OHADA, pourquoi prônerait-on comme solution de moderniser un pan spécial de ce droit

⁴¹⁷ Traduction littérale par l’auteur de *common core*. Voir le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd édition, London, 1962-2 qui explique que le *core* est - traduction de l’auteur - la capsule centrale, cornée et sèche intégrée dans le centre de la pulpe et contenant les graines de la pomme.

⁴¹⁸ Une théorie spéciale de contrats ou théorie générale des contrats spéciaux ajouterait au flou du droit. V. Christophe COLLARD et Christophe ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l’entreprise*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 3, notes 5 et 6. Les auteurs font notamment référence à d’autres caractères similaires du droit que cette théorie nouvelle introduirait : mou, gazeux, complexe, etc.

⁴¹⁹ G. PIGNARRE, « L’effet pervers des lois », dans *l’Évaluation législative*, RRJ, 1994, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 9, PUAM, t. IV, p. 1097 et s. aussi, Philippe MALAURIE, « L’effet pervers des lois », dans *Droit civil, procédure, légistique juridique*, *Écrits en l’honneur de Gérard CORNU*, PUF, Paris, 1994, p. 309 et s.

⁴²⁰ Cette loi fut adoptée le 15 mars 1999 et prévoit une partie générale du droit des contrats ou droit commun chinois des contrats.

⁴²¹ Le droit commun des contrats néerlandais est codifié dans le Livre VI du Code civil néerlandais entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

⁴²² Voir l’article 1525 C.c.Q. alinéa 2 par exemple qui qualifie d’exploitation d’entreprise, l’exercice d’une activité économique qu’elle soit ou non à caractère commercial. « Constitue l’exploitation d’une entreprise, l’exercice par une ou plusieurs personnes, d’une activité économique organisée, qu’elle soit ou non à caractère commercial, [...] ».

contractuel, qui continuerait à cohabiter avec des règles générales lesquelles resteraient incorporées dans les vieux codes civils de ces États? On oublie aussi au passage que la question connexe du partage des compétences avec la CCJA s'en trouverait du coup encore plus complexifiée. En effet démêler ces compétences partagées serait un "casse-tête juridique" où les conflits de juridictions seraient exacerbés. Même si théoriquement on arrivait à clarifier les différentes compétences, sur un plan pratique, les juges nationaux comme communautaires et encore plus les justiciables seraient indubitablement perdus dans l'*imbroglio juridique* qui serait ainsi créé. La source de cet embrouillamini futur serait justement l'existence de plus de trois droits des contrats dans l'espace de l'OHADA.

Paragraphe 2 : Les inconvénients de l'éclatement multipartite des contrats OHADA

A- Les conséquences de la partition du futur droit OHADA des contrats

[185] Il est évident que ce vers quoi on tendrait avec un droit des contrats spécifiques est une multiplicité de textes contractuels les uns plus techniques que les autres ce qui conduira à long terme à une perte de cohérence du corpus juridique contractuel de l'OHADA. Il faut se rendre à l'évidence qu'avec cette future science contractuelle sans conscience, nous courons vers la ruine⁴²³ du droit des contrats de l'OHADA si nous prônons une telle technicité juridique sans âme. Le propre de l'essence civiliste de la grande partie des pays actuellement membres de l'OHADA est justement de bâtir l'armature textuelle sur la base de principes généraux que l'on étend ensuite par des règles spécifiques en fonction des besoins de la pratique. Il faut se garder d'analyser nos propos comme étant un refus catégorique de réglementer en les harmonisant certaines matières

⁴²³ Pour paraphraser François Rabelais, écrivain français qui nous mettait déjà en garde dans *Pantagruel*, 15^{ième} siècle lorsqu'il affirmait que « Science sans conscience n'est que ruine de l'âme ».

relevant du droit spécial des contrats. Il est possible et même nécessaire de procéder à une telle harmonisation. Mais plutôt que de la réaliser directement sous la forme d'une théorie générale des contrats spéciaux, il faut d'abord construire une solide charpente de principes contractuels guide (un tronc commun de règles de base) puis à la suite on pourra élaborer des branches plus spécifiques⁴²⁴ qui étendront la portée de l'ossature principale au regard des besoins de la pratique.

[186] Tel que prôné actuellement, on aurait en même temps dans l'espace OHADA : à travers les vétustes codes civils nationaux, une théorie générale des obligations ou droit commun des contrats civils avec quelques règles spéciales sur certains types de contrats commerciaux dont des aspects non contradictoires demeureront même après l'AUDC; dans l'AUDC, un droit commun des contrats et un droit spécial des contrats commerciaux (AUDC). À ces quatre sous-catégories juridiques s'ajouteraient le droit de la consommation avec son lot de distinction⁴²⁵ oscillant notamment entre contrats de consommation et contrats mixtes. Une autre épineuse question hormis celle des conflits de textes et de compétence serait alors celle des modes de preuves admissibles légalement. Serait-ce là le résultat à poursuivre à travers une réforme? Évidemment non.

[187] Il ne saurait non plus être question d'assister à une harmonisation à deux vitesses créant des poches de droit moderne à côté desquelles coexisteraient les droits anciens hérités de l'époque coloniale. On nous objectera que chaque État pourra mettre à jour sa codification civile après l'harmonisation des contrats commerciaux à l'échelle communautaire. Nous renverrons aux questions similaires qui se posent actuellement et qui

⁴²⁴ On pourrait penser entre autres à la réglementation de la franchise, du contrat de concession, du crédit-bail, du leasing, de la sous-traitance, de l'affacturage, de la distribution, etc. Voir notamment le Colloque organisé par L'ERSUMA sur : « Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », tenu à Libreville au Gabon du 26 au 28 octobre 2011.

⁴²⁵ V. notamment, Thierry BOURGOIGNIE, Note explicative sur le texte de l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le contrat de consommation, *Journal africain de droit des affaires*, n° spécial 2013, « L'arbitre, l'avocat et les entreprises face au droit OHADA ».

attendent une action moindre des États⁴²⁶, pour avoir une réponse claire. Un droit commun général ne contribue donc pas seulement à un toilettage complet de la codification civile des États membres de l'OHADA. Il clarifie et simplifie aussi cette dernière au regard des options offertes. Ne pas l'admettre serait aussi remettre en cause une bonne partie de l'œuvre d'harmonisation puisqu'on encouragerait une spécialisation accrue du droit des contrats commerciaux qui ne se fera pas sans inconvénients. Un droit des contrats trop technique ne pourra que créer une ineffectivité sur le terrain ou une applicabilité réduite aux élites commerçantes au détriment de la majorité qui opèrent dans le commerce informel. Ceci, surtout que l'on a pu démontrer que la tendance générale de l'OHADA actuellement se trouve à l'opposé, c'est-à-dire vers un abandon de la distinction droit civil/droit commercial⁴²⁷ pour une réglementation du droit des activités économiques. Un droit technique des contrats viendrait donc en rupture avec ce mouvement harmonieux⁴²⁸. Certes avec l'évolution de la codification, pour ne pas dire l'effet de la décodification⁴²⁹, il est permis d'affirmer que le droit commun perd de sa vitalité, de sa force persuasive et contraignante au profit de la *soft law*. Cette altération de la théorie générale, décrite par la doctrine⁴³⁰, qui pour nous n'est qu'une métamorphose⁴³¹, n'en signifie pas pour autant sa

⁴²⁶ Voir à titre d'exemple où en sont actuellement la définition par les États membres des sanctions des incriminations définies par l'OHADA depuis quasiment la signature de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en avril 1997; ou encore la mise à jour des textes nationaux qui devaient être faite pour refléter l'état effectif des législations nationales après l'entrée en vigueur des Actes uniformes de l'OHADA.

⁴²⁷ Justine DIFFO TCHUNKAM, « La distinction droit civil - droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », *Revue de droit uniforme*, Vol. XIV/2009, p. 57 et s.

⁴²⁸ *Id.* La même auteure affirme que « le maintien de cette distinction du droit civil et du droit commercial paraît difficilement conciliable avec les orientations de politique législative de l'OHADA ».

⁴²⁹ Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, 310 p.; Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1995, « Avant-propos », p. 3 ou encore *La codification : hier et aujourd'hui*. 1^{ère} édition des journées Maximilien Caron, Université de Montréal, 1990, 38 p.

⁴³⁰ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, 1965, p. 10 et s.; Loïc CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats, *art. préc.*, n° 29, p. 27.; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats*, t. 1, *Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, *op. cit.*, n° 4, p. 4, cité par Charlotte GOLDIE-GENICON, *Th. préc.*, p. 27.

⁴³¹ En histoire du droit et théorie juridique, V. Antoine LECA, *Les métamorphoses du droit français : histoire d'un système juridique des origines au XXI^e siècle*, Paris, Lexis Nexis, 2011, 309 pp. L'auteur fait une genèse

disparition. La théorie générale est toujours aussi indispensable. Nous prédisons que le même phénomène de chassé croisé se produira dans l'espace OHADA mais au profit d'un fonds commun contractuel africain. La seule condition étant bien évidemment que la tentative de conceptualisation de ce fonds commun contractuel soit reconnue comme telle et entérinée. Il ne faudrait pas que le législateur de l'OHADA place les charrues avant les bœufs⁴³².

[188] Pour finir, il faut certes innover, mais pas au prix de l'harmonie, de la cohérence de tout le corpus juridique qui est déjà construit et qui a fait ses preuves peu ou prou avec l'OHADA. Le maintien de cette cohérence est foncièrement un gage d'un enracinement du modèle OHADA. C'est pour cette raison que l'idée d'élaborer une Loi-type modèle, en matière de droit commun des contrats, est à mûrir plus que longuement! Une loi-type dont s'inspireraient les législateurs nationaux, est à mille lieux de consolider l'OHADA. La chose est possible dans d'autres domaines mais en droit des contrats, le mal rongerait de l'intérieur et toute l'œuvre d'uniformisation risquerait de s'en trouver compromise.

B- Une partition préférable au choix d'une loi- modèle

des différentes transformations du droit français des origines à nos jours et conclut à une histoire qui parvient à son terme effectif. En droit des contrats, Catherine THIBIERGE-GUEFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.Civ., avril-juin 1997, Variétés, p. 357 et s. ; Coralie AMBROISE-CASTEROT et al., *Les métamorphoses du droit : hommage à Jean-Marie Rainaud*, Paris, L'Harmattan, 2009, Disponible sur www.mediatheque.com, dernière consultation le 11 juin 2012; Denis SIMON (Dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit : journée d'études* organisée par le Centre d'études internationales et européennes, Université de Strasbourg III, Coll.de l'Université Robert Schuman, 105 pp.

⁴³² Expression africaine signifiant qu'il ne faut pas sauter les étapes. En l'espèce, ignorer le droit commun des contrats pour réglementer les contrats spécifiques d'affaires.

[189] Jusqu'à présent, malgré quelques cas de réel mimétisme normatifs parcellaires⁴³³ déplorés ça et là, l'OHADA a réussi surtout avec les dernières réformes des sûretés⁴³⁴, du droit commercial général⁴³⁵ et l'élaboration de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives⁴³⁶ à éviter la reproduction textuelle du modèle continental⁴³⁷. Cette situation est salubre en ce sens qu'elle oblige à penser le droit en termes nouveaux, du moins, un peu plus en termes africains. Avec la réforme du droit des contrats, le monstre colonisateur pourrait refaire surface si on n'y prend garde vu qu'il est prôné indirectement que l'OHADA s'aligne sur le modèle européen. Ce dernier par ailleurs, après moult tergiversations, a opté récemment pour une loi-type insérée notamment dans la *Directive du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs*⁴³⁸. Cette option est-elle viable dans l'espace de l'OHADA? L'adopter serait oublier que cette proposition européenne fut en même temps suivie d'une proposition de règlement portant création d'un droit commun européen en matière de contrat de vente⁴³⁹ qui a une portée très large et vise en réalité tous le droit commun transfrontalier⁴⁴⁰ des contrats. L'Europe par un faux processus

⁴³³ Avant les réformes de l'AUDCG (droit commercial général) et du droit des sûretés OHADA, de nombreuses dispositions des ces Actes uniformes étaient de pâles copies du droit français.

⁴³⁴ Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés. Publié au Journal officiel n° 22 du 15 février 2011.

⁴³⁵ Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général. Publié au Journal officiel n° 23 du 15 février 2011, p. 1 et s.

⁴³⁶ Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives. Publié au Journal officiel n° 23 du 15 février 2011.

⁴³⁷ Pour quelques exemples : dans l'AUDCG, le nouveau statut de l'entrepreneur plus proche des réalités socio-économiques du continent. Dans l'AUS la mise sur pied d'un agent des sûretés qui s'éloigne de l'agent des sûretés de droit français tout en empruntant certains mécanismes au droit américain tel que le principe du patrimoine d'affectation du trustee. La coopérative de droit OHADA elle aussi n'a presque rien à voir avec le droit des coopératives français.

⁴³⁸ Dir. PE et Cons. N° 2011/83/UE/25 oct. 2011 relative au droit des consommateurs. Mathias LATINA, *ibid.*, p. 307 parle d'un échec parlant de cette directive qui a voulu combiner les effets d'une harmonisation totale avec une harmonisation horizontale. Vu le résultat déplorable, la Commission s'est de suite rabattue sur une harmonisation plus générale en attaquant le droit de la vente.

⁴³⁹ COM -2011-635 Final.

⁴⁴⁰ Le droit interne stricto sensu n'est pas visé pour des raisons purement économétriques. V. Mathias LATINA, « Les derniers développements du droit européen du contrat », RDC 2012-1, p. 299 et s., spéc., p. 312, note 83.

d'harmonisation minimale par lois-type, procède en réalité par à-coups à une harmonisation du droit commun des contrats.

[190] Une loi-type peut être déclinée comme un texte législatif qui est recommandé par une instance communautaire à plusieurs États ou organisations membres. La loi-modèle selon Véronique Magnier, est :

« un texte établi et recommandé aux Etats par un organisme chargé de l'unification ou de l'harmonisation du droit et destiné à terme à remplacer la législation actuellement en vigueur dans les Etats intéressés. [...] Elle] n'a qu'une simple valeur de recommandation ou de persuasion »⁴⁴¹.

[191] Elle s'assimile à la loi-cadre ou encore la loi-type et toutes les trois représentent dans les lignes à suivre la même réalité. Son avantage réside dans la souplesse qu'elle offre à ses usagers qui peuvent modifier ou même exclure carrément certaines de ses dispositions. Elle n'atteint cependant cet avantage que si les États-membres apportent aussi peu de modifications que possible et se conforment le plus strictement possible au cadre des principes de référence établis par cette loi-type. Elle ne présente pas d'autres avantages en général et encore moins dans le contexte africain de l'OHADA. En effet, le constat à ce stade est que nous risquons d'avoir plusieurs droits sectoriels des contrats uniformisés (consommation, concurrence, travail, propriété intellectuelle, etc.), et cohabitant avec une théorie générale des obligations par état-membre. La loi-modèle entraînera possiblement si elle était retenue une dés-harmonisation du droit des affaires OHADA. Le fondement même du droit OHADA est l'uniformisation qu'elle opère et l'applicabilité directe qu'elle promeut dans les États-membres.

⁴⁴¹ Véronique MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 317, p. 27 citant G. L. DROZ, « La Conférence de la Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles? », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1961, vol. 13, pp. 507-521 et les exemples cités à la note 18.

[192] Par la technique de la loi-modèle, l'effet direct n'est plus possible mais pire encore les législations nationales seront différentes les unes des autres quant aux matières spécifiques où elles étaient uniformisées en plus des droits communs nationaux disparates. On sait tous que le droit des contrats est le socle du droit des affaires. Ce faisant, cette disparité entrainera une impossibilité de bénéficier de l'économie d'échelle au niveau de l'information des lois applicables par pays. Il faudra étudier chaque corpus nationaux pour savoir quel droit commun ou spécial des contrats s'applique et le cas échéant si le droit national choisi ou applicable selon les règles de droit international privé est compatible avec les mentions et la volonté des parties. Ceci est un retour en arrière déplorable à plus d'un titre.

[193] Un tel choix est cependant à y voir de près, préférable à celui d'un rejet complet du droit commun des obligations à harmoniser. Pour preuve, l'Europe est effectivement rendue actuellement à proposer une loi-type et du coup, certains peuvent lorgner ces voisins outre-manche et préférer cette option à l'uniformisation opérée jusqu'à présent. On oublie facilement que ce choix n'aura d'autre effet que de remettre en cause tout l'arsenal et la philosophie des pères fondateurs de l'OHADA. Limitons-nous pour l'heure aux désavantages du modèle de Loi-type qui aboutirait à autant de législations nationales que d'États-membres de l'OHADA. Pour bien se comprendre, rappelons que le principe de la loi modèle signifie qu'un accord soit acquis sur le domaine de l'uniformisation. Autrement dit on accepterait d'uniformiser tout le droit commun (puisque la multitude de droit spéciaux n'est pas envisageable) mais on déciderait de faire un retour en arrière en adoptant une harmonisation minimale telle que prétend procéder actuellement l'Union européenne : ce n'est pas pensable à moins que l'on préfère cette option à un vide d'harmonisation en matière de droit commun des contrats!

[194] L'Europe connaît et expérimente depuis la nuit des temps l'harmonisation *à minima* contrairement à l'OHADA qui a choisi la voie de l'uniformisation voire l'unification. S'il fallait trouver des avantages à cette option, ils pourraient être doubles mais se positionneraient dans la durée. Les premiers seraient dans une optique d'extension du champ matériel⁴⁴² couvert par l'OHADA. En effet certaines matières⁴⁴³ se prêtent moins à l'unification ou l'uniformisation et nécessitent qu'une harmonisation plus souple soit adoptée. Pour ces matières, on pourrait comprendre que l'OHADA procède par voie de lois modèles ou lois types. Les seconds s'inscriraient à long terme dans une perspective d'ouverture de l'OHADA à ces autres pays africains membres ou non de l'OUA⁴⁴⁴ de tradition juridique différente.

⁴⁴² Sur cette question, Joseph ISSA-SAYEGH, « L'extension du champ de l'Ohada », Communication du Professeur Joseph ISSA-SAYEGH, au colloque ARPEJE/IDEF, Porto Novo, 3-5 mai 2004, Disponible en ligne à l'adresse www.ohada.com sous la référence D-04-03; Urbain BABONGENO, « OHADA : projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique à l'épreuve de la consolidation et de l'élargissement », Disponible en ligne à l'adresse www.ohada.com sous la référence D-05-25.

⁴⁴³ On peut penser à la réglementation des PPP ainsi que certains contrats de BOT. Avec l'extension du champ matériel de l'OHADA, il peut s'avérer utile de définir certaines règles de procédure civile censée régir toutes les activités procédurales au sein de l'espace couvert. Ces règles pourraient aussi intégrer des principes fondamentaux des droits humains en matière de procédure tel le principe du contradictoire, le droit à un procès équitable qui ainsi se verraient reconnaître par l'OHADA. En ce sens, un projet futuriste de Loi-modèle uniforme sur les procédures OHADA pourrait être envisagé avec l'option d'un loi-type ou loi-modèle.

La matière de la gouvernance également est un complément utile de l'armature juridique de l'OHADA et pourrait faire l'objet d'une Loi-type OHADA sur la gouvernance d'entreprises.

La corruption étant le mal endémique des pays africains, une loi-type OHADA de lutte contre la corruption pourrait être envisagée. Autant de domaines qui ne ressortent pas directement du noyau dur du droit des affaires OHADA mais qui sont utiles pour l'atteinte des objectifs de l'Organisation.

⁴⁴⁴ Art. 53 du Traité de l'OHADA.

CONCLUSION DU TITRE 1^{ER}

[195] Après analyse des enseignements de ce titre, la méthode de conception retenue par le législateur communautaire et développée dans notre premier chapitre n'est pas mauvaise en soi. S'inspirer principalement des Principes UNIDROIT (sans s'y cantonner), modèle transnational qui a fait ses preuves en droit du commerce international devrait permettre d'améliorer l'attractivité économique de l'espace juridique OHADA. En effet, malgré les nombreuses lacunes substantielles et contextuelles à l'Afrique des Principes, leur valeur ajoutée au sein du corpus contractuel OHADA et dans l'espace économique africain est indéniable. Exclusion faite de considérations purement politiques et sous réserves de rectifier les carences substantielles relevées et de procéder aux compléments appropriés dans l'Avant-projet, le modèle confronté aux réalités africaines devrait permettre de partir sur une bonne base avec une pertinente méthode pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats.

[196] Ensuite, une fois la méthode adéquate confirmée et affinée, dans le second chapitre de ce titre 1^{er}, nous développons la conviction que malgré les objections que la doctrine pourrait retenir à l'encontre d'une théorie générale des contrats, cette dernière demeure néanmoins la solution la plus viable et fiable dans le contexte africain. Elle permet justement de retenir les meilleures orientations fondamentales à même de prendre en compte aussi bien le contexte économique mondial dans lequel devrait s'intégrer l'OHADA, que les réalités africaines qu'il ne saurait occulter.

[197] Nous allons même plus loin, puisqu'au regard des enjeux clarifiés et des défis surmontables décrits, nous laissons entrevoir que toute la théorie générale des obligations pourrait être envisagée comme domaine. Le seul bémol apporté étant que si le législateur communautaire se concentre directement sur les contrats spécifiques d'affaires, en ignorant

l'harmonisation du droit commun des contrats, il devrait tout de même proposer une loi-modèle pour ses Etats membres qui à défaut d'uniformisation, finiront par réaliser une harmonisation souple, progressive, plus difficile mais effective à long terme.

[198] Dans cette dynamique, l'option principale d'un acte uniforme rigide, implacable et contraignant est à prioriser. Celle d'une loi-type, plus accommodante, pour les Etats membres mais en même temps plus risquée pour la survie pérenne de l'œuvre d'uniformisation de l'Organisation n'est pas écartée à titre subsidiaire. Quelle que soit celle retenue, il est incontournable que des orientations fondamentales soient précisées et suivies. Ces orientations doivent être en lien direct avec les finalités de la réforme et partir des valeurs et spécificités contractuelles africaines.

TITRE 2 : Quelques orientations fondamentales pour un cadre de référence OHADA

[199] Pour être techniquement capable de déterminer les orientations théoriques préalables à l'élaboration d'un cadre de référence OHADA des contrats, il faut pouvoir découvrir l'essence de ce droit des contrats en lien direct avec les fondements même de la réforme codificatrice du droit des contrats OHADA. L'essence du droit des contrats OHADA fait ici référence à la nature identitaire⁴⁴⁵ profonde de ce droit qui permettait⁴⁴⁶, par le passé, de le distinguer des droits européens, du droit français, canadien ... Essence et objet sont donc des facteurs importants à clarifier pour le cadre de référence des contrats (**Chapitre 2**) d'autant plus que le projet initial du Pr Fontaine avait réduit ces spécificités africaines à leur plus simple expression au motif qu'elles ne formaient pas un fonds commun de pratiques pertinentes.

[200] Cependant en continuité du chapitre précédent, relatif au champ d'application de la réforme, et pour mieux cerner l'essence et l'objet de la réforme, on ne peut faire fi des différents droits de tradition *common law* qui cohabitent au sein de l'espace⁴⁴⁷. Même si l'on décidait de les ignorer, considération faite de l'importante majorité de pays d'inspiration civiliste que compte l'OHADA, peut-on vraiment progresser dans cette voie si on se rappelle les objectifs originaires de l'OHADA qui a une vision d'intégration

⁴⁴⁵ Essence : *nature intime des choses. Substance profonde. Ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est et ce sans quoi elle ne serait pas.* Voir *Le petit Robert 2011. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Nouvelle édition du Petit Robert, Collection Le Robert, 2011.

⁴⁴⁶ L'usage ici de l'imparfait simple, temps du passé n'est pas anodin car il s'agit de revenir sur ce qui fait du droit africain son originalité, sa spécificité. Ces données existaient depuis la nuit des temps mais se sont vues reléguer au second plan sous l'effet de plusieurs phénomènes sociaux, culturels, politiques mais aussi juridiques. Qu'il nous soit permis de mentionner -sans référence à une quelconque responsabilisation-, la colonisation et le découpage géographique de l'Afrique; l'esclavage et la déportation des peuples qui se voient séparés de leur tribus, cultes et cultures; les indépendances avec la vague de mimétisme juridique caractérisée par une édulcoration de nos pratiques coutumières qui avaient force de loi, l'imposition de langues, pratiques diverses étrangères, etc.

⁴⁴⁷ Le cas du Cameroun bilingue et bijuridique est assez éloquent à cet égard.

économique africaine? C'est une orientation qu'il faudra clarifier ou plutôt justifier. De ce fait la seconde question importante pour l'élaboration du droit OHADA des contrats est peut-on et devrait-on orienter le droit OHADA des contrats vers le *Common law* ?
(Chapitre 1^{er}).

CHAPITRE 1 : La pertinence d'une ouverture de l'OHADA civiliste au *common law*

« L'ouverture des traditions est la meilleure garantie de la survie et du bien-être de chacune d'elles. C'est la fermeture des systèmes qui provoque l'implosion intellectuelle, la confrontation des systèmes et la dominance des rapports de force. Les juristes québécois n'ont jamais pensé le droit en termes de systèmes fermés », H. Patrick Glenn⁴⁴⁸

[201] La question que nous adressons dans nos développements subséquents est celle de savoir s'il faut étendre l'uniformisation du droit des contrats aux deux principaux systèmes juridiques présents dans l'espace OHADA : le système civiliste⁴⁴⁹ et celui de *common law*? Il s'agit là d'un choix de méthode législative (légistique). N'est-ce pas réducteur de penser que le *common law* et le droit civil forment l'essence du système juridique OHADA? Il est évident que les débats gravitent autour de ces deux traditions juridiques mais l'OHADA n'est ni strictement civiliste, ni d'appartenance *common law*! Même si on admet que la prédominance est civiliste, nous irons d'abord à la recherche de cette nature *sui generis* de l'OHADA. Ensuite sur la base de cette nature juridique, nous rechercherons la méthode de rapprochement des traditions la plus pertinente pour l'expérience OHADA et les objectifs de l'Organisation (**Section 1**). Une fois cette nature déterminée et la méthode idoine de convergence précisée, nous montrerons en quoi la convergence des traditions civiliste et de *common law* est effective dans l'espace OHADA et ne peut être occultée (**Section 2**).

⁴⁴⁸ H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Journées Maximilien Caron, Le nouveau Code civil : interprétation et application : les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 175 – 196.

⁴⁴⁹ Le terme tradition ou système civiliste s'entend communément du droit civil mais de façon générale, il représente les traditions appartenant à la famille romano-germanique en général.

SECTION 1 : Les choix méthodologiques associés à la nature sui-generis de l'OHADA

[202] L'un des facteurs rendant ardue notre tentative de délimitation d'un cadre de référence OHADA des contrats est la complexité de la nature juridique de l'Organisation. De tout temps, les réformes en Afrique ont souvent occulté de partir du préalable qui est selon nous : qualifier, préciser la nature et mieux maîtriser l'ensemble au sein duquel on veut opérer des changements. C'est en ce sens que la détermination de la nature de l'OHADA (**Paragraphe 1^{er}**) est un des facteurs devant nous permettre de constater si ce choix méthodologique de convergence des deux systèmes principaux en présence est non seulement possible mais aussi judicieux ou s'il faille au contraire limiter cette propension à l'ouverture puisqu'elle a des implications (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La nature plurijuridique de l'OHADA

[203] Il est clair que très peu d'études approfondies pour ne pas dire aucune n'ont été consacrées à la caractérisation de la nature juridique de l'OHADA⁴⁵⁰. La question *a priori* est celle de la famille juridique de l'OHADA. Est-ce un droit romano-germanique, de *common law*, religieux, coutumier, actuellement empreint de *lex mercatoria* ou un combiné de tous ces genres? Mais l'interrogation implique aussi parallèlement de se demander si

⁴⁵⁰ On peut glaner des analyses parcellaires dans Paul-Gérard POUYOUÉ, « Doctrine OHADA et théorie juridique », Revue de l'ERSUMA, N° spécial, Nov./Déc. 2011. Disponible sur <http://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/doctrine/article/recueil-de-jurisprudence-de-la>, dernière consultation le 02 avril 2013. Concernant spécifiquement les Actes uniformes, on a ponctuellement, OUATTARA Aboudramane, « De la nature juridique des Actes uniformes de l'OHADA », *Actualités juridiques*, Revue mensuelle de l'AIDD, n° 20, Oct. 2001, p. 9. Référence Ohadata D-02-08, disponible sur www.ohada.com.

l'espace OHADA est guidé par une culture de positivisme, de pluralisme⁴⁵¹, d'inter-normativité⁴⁵², de normes en réseau⁴⁵³ ou est-ce plutôt un *melt-in-pot* de tous ces paradigmes juridiques?

[204] Nous ne cherchons pas à établir si l'OHADA est une fédération⁴⁵⁴ d'États ou une confédération⁴⁵⁵. Toutes ces considérations n'apportent rien au débat postérieur sur l'harmonisation du droit des contrats entre *common law* ou droit civil. C'est un fait suffisant qu'elle soit reconnue comme une organisation supranationale d'intégration juridique. Strictement elle n'est pas un droit communautaire⁴⁵⁶. On sait tous aussi la

⁴⁵¹ Voir les nombreuses contributions dans Jean KELLERHALS, Dominique MANAÏ et Robert ROTH (Éditeurs.), *Pour un droit pluriel*. Études offertes au professeur Jean-François Perrin, Bâle : Helbing & Lichtenhahn ; Genève : Faculté de droit de Genève 2002; ou encore dans Laboratoire d'anthropologie juridique, *Les pluralismes juridiques*, Karthala, 2003; Norbert ROULAND, « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit Civil*, PUAM, 1989. Jean-Guy BELLEY, « Le Droit comme terra incognita : Conquérir et construire le pluralisme juridique », *Can. J. L. & Soc.*, Vol. 12, n° 1, 1997, disponible aussi sur www.heinonline.com ; Michel COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux? », *Can. J. L. & Soc.*, Vol. 12, n° 1, 1997, disponible aussi sur www.heinonline.com, dernière consultation le 06 mai 2010.

⁴⁵² Pour des développements étendus sur le concept, V. sous la direction de Jean-Guy BELLEY, *Le Droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'inter-normativité*, Paris : L.G.D.J., 1996, 279 pp.

⁴⁵³ F. OST, et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; Antoine BAILLEUX, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *R.I.E.J.*, 2005, 55, p. 91 ; H. BAKIS, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris, PUF, 1993, p. 8, cité par F. OST et M. van de KERCHOVE, *id.*, p. 23.

⁴⁵⁴ Pierre MUSSO, *Télécommunications et philosophies des réseaux. A postérité paradoxale de Saint-Simon*, Paris, PUF, 1997, p. 36 et s.; P. MUSSO, *id.*, p. 42; M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t. 1, *L'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1986, p. 526.

⁴⁵⁴ Assimilé ici à un ensemble fédéral. Voir, Maurice CROISAT, « L'Europe communautaire : une union en quête de fédération », dans Benoît MOORE, (Dir.), *Mélanges Jean-Louis BEAUDOUIN, Défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Québec, Ed. Yvon Blais, 2012, p. 115 et s., spéc. p. 121, 123 où l'auteur tente de démontrer que l'Europe communautaire est dans un processus de fédéralisation progressive mais incomplet.

⁴⁵⁵ Voir le *Lexique des termes juridiques* pour une différenciation de la confédération avec la fédération par exemple. Par rapport au fédéralisme, V. Anne LÉGARÉE, « Dix provinces, un État. Contributions au débat sur le fédéralisme canadien », dans *Mélanges en l'honneur d'Andrée Lajoie*, p. 885 et s.

⁴⁵⁶ Paul-Gérard POUGOUÉ, *Ibid.*, qui affirme : « l'OHADA n'est pas une communauté politique ou économique, mais une organisation interétatique conçue exclusivement comme un outil technique. A partir de là, on peut affirmer que le droit n'est pas un droit OHADA communautaire. ». Il est possible de critiquer cette conclusion pour plusieurs raisons. D'abord au regard de la nature technique de l'OHADA tournée vers l'intégration juridique à vocation panafricaine et l'objectif d'intégration économique dans l'espace africain qui lui donne certaines caractéristiques de droit communautaire. Ensuite suivant l'existence d'un droit primaire OHADA, les Traités fondateurs auquel s'ajoute le droit dérivé OHADA, les Actes uniformes. Enfin les caractéristiques de supranationalité (incluant une applicabilité immédiate, un effet direct, une primauté du

prédominance du français comme langue officielle⁴⁵⁷ dans cet espace mais vu l'inexistence⁴⁵⁸ d'un « droit francophone »⁴⁵⁹ ou d'un « système juridique francophone »⁴⁶⁰, ce constat ne nous avance guère. Nous ignorerons aussi la vétusté du cadre juridique OHADA, développé plus tôt dans nos écrits⁴⁶¹.

[205] Le concept d'« espace normatif » emprunté à Gérard Timsit⁴⁶², est celui que nous retenons pour qualifier notre cadre d'analyse. Il nous convient pour la simple et bonne raison que ceux d'*ordres* ou de *systèmes* normatifs, pourtant si commodes, ne réussissent pas à traduire la réalité existante aujourd'hui dans une Afrique d'un côté unifiée (OHADA, CIMA⁴⁶³, CIPRÈS⁴⁶⁴, OAPI⁴⁶⁵, etc.) à côté de laquelle subsiste une autre fragmentée (les différents droits nationaux des États qui ont cédé une grande partie de leurs compétences aux organisations mentionnées), laquelle se fonde de plus en plus dans la première. Cet

texte sur toute norme de droit interne, un effet abrogatoire des Actes uniformes sur tout texte concurrent rationae materiae) concourent à retenir cette nature de droit communautaire africain.

⁴⁵⁷ Suivant l'article 42 du Traité OHADA, le français est la langue de travail. Les pays membres de l'OHADA regroupent cependant trois autres langues que sont l'anglais, le portugais et l'espagnol.

⁴⁵⁸ Joseph ISSA-SAYEGH, « La notion de droit francophone a-t-elle un sens? », Communication faite lors de la deuxième semaine de droit comparé (17-21 septembre 2007 organisée par l'Université Montesquieu Bordeaux IV pour introduire un débat sur cette question, disponible sur <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-07-43>? dernière consultation le 18 janvier 2012. L'auteur semble finalement retenir aussi que ce droit francophone n'existe pas. Il affirme justement : « Finalement, qu'y a-t-il et que reste-t-il de francophone dans tous les systèmes juridiques qui sont exprimés en français? ».

⁴⁵⁹ Voir Jean Du Bois De GAUDUSSON, « Droits de l'homme et francophonie, Droits fondamentaux », *Justice*, 2002, n° 2, p. 89 et s., spéc. p. 90. L'auteur situe la naissance des concepts de droit francophone et droit continental dans un contexte de mondialisation où émergent « des projets politiques, de défense d'un certain nombre de valeurs, principes et normes juridiques, liés à un héritage, à des histoires et des cultures ».

⁴⁶⁰ Jean du Bois de Gaudusson, « Droit francophone et droit continental », disponible sur www.fondation-droitcontinental.org, dernière consultation le 03 avril 2013 sous l'onglet de l'ouvrage *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*. L'auteur y affirme que « la cause est entendue; il n'existe pas un système de droit francophone, ni même une famille de droit francophone, avec ce que cela signifie d'unité, de cohérence, de techniques propres et d'autonomie ».

⁴⁶¹ Voir Partie 1/ Titre 1/ Chapitre 1/ Section 1/ Paragraphe 1/ B-

⁴⁶² Gérard TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, n° 33, 2001, p. 8.

⁴⁶³ Née suite à la signature du Traité de Yaoundé le 10 juillet 1992 et entré en vigueur le 15 février 1995 elle régit les assurances.

⁴⁶⁴ Née du Traité d'Abidjan en date du 21 septembre 1993, elle est relative à la prévoyance sociale.

⁴⁶⁵ Elle est issue de la Convention de Bangui de 1977 sur les cendres de l'Organisation Africaine et Malgache de la Propriété Intellectuelle (O.A.M.P.I.).

espace ne forme pas dans l'ensemble un *ordre* normatif⁴⁶⁶ unifié encore moins un *système* normatif⁴⁶⁷.

[206] Considérer l'Afrique comme un espace normatif a, entre autres, le mérite de « permettre d'admettre comme “juridiques” des ensembles dont la nature volatile et floue semble échapper au cadre d'un système ou d'un ordre... »⁴⁶⁸. Le constat préoccupant ici est celui de la complexité et de l'enchevêtrement des ordres⁴⁶⁹ juridiques et des systèmes⁴⁷⁰ juridiques, conséquence de la multiplicité des acteurs⁴⁷¹ de rang législatif et institutionnels.

[207] Mireille Delmas-Marty⁴⁷² a su rendre compte de cette réalité contemporaine en parlant d'*espace désétatisé* en rapport avec l'internationalisation du droit; d'*ordre délégalisé* en résonance avec la diversité des sources législatives et non législatives... La stratification autrefois justifiée, qui caractérisait la pyramide kelsénienne ne tient plus de nos jours avec l'OHADA. En effet, au-dessus de la pyramide se trouvent les constitutions

⁴⁶⁶ L'ordre normatif est selon Gérard TIMSIT « un système hiérarchisé d'engendrement des normes fondé sur l'existence d'une relation hiérarchique ou relation d'ordre entre normes », *id.* Le flou créé par les différents ordonnancements juridiques africains nous empêche de catégoriser l'espace considéré comme un ordre normatif.

⁴⁶⁷ Selon ce même auteur (G. TIMSIT, *ibid.*), un système normatif comprendrait deux éléments que sont un « ordre normatif (On) et un espace normatif (En) ». En l'espèce, vu l'absence d'ordre normatif, on ne saurait parler de système normatif ce qui explique aussi la réticence du concept d'espace normatif dans notre thèse.

⁴⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du Monde », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 93.

⁴⁶⁹ Sur les ordres juridiques, V. Jean-Jacques PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », dans *Liber Amicorum Jean Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 131 et s. ou encore S. CASSESE, « L'ordre juridique global », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 7 et s.

⁴⁷⁰ L'expression « système » ici fait référence aux grands systèmes de droit contemporain dont les deux majeurs sont le droit d'inspiration romano germanique et le *common law*. Peut-être aurions-nous dû utiliser l'expression *traditions* juridiques moins confondante.

⁴⁷¹ Il s'agit des nombreuses organisations continentales, régionales, sous-régionales et autres qui édictent des normes applicables au même espace géographique. Citons-en quelques unes : L'union africaine (UA) venue remplacer en 2002 l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) créée le 25 Mai 1963; la Communauté Économique Des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) datant du 28 mai 1975 ; la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC); la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), fille héritière depuis mars 1994 de l'ancienne Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale (UDEAC); l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) créée originellement par l'Accord de Bangui du 02 mars 1977; la Conférence Interministérielle des Marchés d'Assurances (CIMA) dont les prémisses remontent à une convention du 27 juillet 1962, etc.

⁴⁷² Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Éd. Du Seuil, Coll. La Librairie du XX^{ème} Siècle, pp. 53, 65, 77 et s.

nationales avec cette différenciation entre pays de tradition moniste⁴⁷³ et ceux dualiste⁴⁷⁴ en ce qui concerne la place des traités⁴⁷⁵ et accords internationaux dans l'ordre juridique interne. Aujourd'hui, le traité de l'OHADA ainsi que tous les Actes uniformes pour tous les États membres, sont directement applicables sans aucune formalité de réception dans l'ordre interne⁴⁷⁶. Cette supranationalité est consacrée par interprétation de l'article 10⁴⁷⁷ du Traité de l'OHADA. La hiérarchie entre traité et normes internes est ainsi noyée en droit OHADA puisqu'en cas de contradiction entre une disposition de droit interne, même la constitution d'un État membre⁴⁷⁸, cette dernière s'efface pour laisser place au Traité OHADA. La constitution n'a plus cette grande hauteur que lui conférait théoriquement

⁴⁷³ Pays monistes s'opposant à ceux dualiste dans la caractérisation des rapports entre ordre international et interne. Pour les monistes, les systèmes juridiques ne sont pas compartimentés en des régimes autonomes, mais ils sont plutôt des adaptations localisées des principaux systèmes qui eux ont une portée beaucoup plus large. Pour eux, les deux ordres juridiques (international et interne) sont unis et forment une continuité l'un de l'autre. L'approche moniste envisage le droit international comme hiérarchiquement et normativement supérieur à l'ordre juridique interne et est fort approprié lorsque l'OHADA est considéré.

⁴⁷⁴ Le dualisme exclut toute unité ou complémentarité entre les deux ordres juridiques international et interne. Il pose la séparation essentielle ou la complète insularité des systèmes juridiques nationaux, à la fois les uns des autres et aussi de toutes les autres sources supranationales ou internationales du droit. Le dualisme caractérise mieux le système canadien. Voir John CURRIE, "International Treaties and Conventions as Agents of Convergence and Multijuralism in Domestic Legal Systems", in *Multijuralism: Manifestations, Causes and Consequences*, Edited by Albert Breton, Anne des Ormeaux, Katharina Pistor and Pierre Salmon, p. 14.

⁴⁷⁵ D. GAURIER, « *Pacta sunt servanda?* Brève réflexion sur le fondement de la force obligatoire des traités », dans Mélanges offerts à André-Hubert MESNARD, L.G.D.J., 2006, p. 343 et s.

⁴⁷⁶ D. ABARCHI. *La supranationalité de l'OHADA*, Revue burkinabé de droit, n° 37, deuxième semestre 2000 ; Revue internationale de droit africain, EDJA, n° 44, janvier-mars 2000, p. 7. Voir aussi, Parfait DIEDHIOU [L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale?](#), www.OHADA.com/doctrine, consulté le 13 avril 2012.

⁴⁷⁷ *Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans tous les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure.*

⁴⁷⁸ Voir Décision du Conseil constitutionnel du Sénégal, n° 3/C/93 du 16 décembre 1993; Affaire n° 3/C/93 du 16-12-1993 disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 19 avril 2012. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel du Sénégal a été saisi pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles 14, 15 et 16 du Traité OHADA au regard des articles 80 et 82, alinéa 3, de la Constitution. Il affirme que « le dessaisissement de certaines institutions, Cour de cassation, mais aussi Assemblée nationale, n'est ni total, ni unilatéral; qu'il s'agit donc non pas d'un abandon de souveraineté mais d'une limitation de compétence... ». On admirera au passage le glissement subtil des concepts d'abandon de souveraineté à limitation de compétence : cette dernière portant sur des attributs essentiels de la souveraineté que sont le pouvoir normatif (dessaisissement Assemblée nationale), le pouvoir judiciaire (dessaisissement Cour de cassation) dans toutes les matières régies par l'Ohada. Une partie de la doctrine sénégalaise continue d'affirmer à juste titre que lesdits articles sont contraires à la Constitution sénégalaise. Les arguments développés par le juge constitutionnel sénégalais n'étaient pas non plus énoncés pour faire penser le contraire (réalisation de l'Unité africaine...). Pour un commentaire de cette décision, V. A. SALL, note sous Conseil constitutionnel, 16 déc. 1993, dans *Penant*, mai-août 1998, n° 877, pp. 228 et s.

l'arborescence kelsénienne. En chutant, cette composante⁴⁷⁹ entraîne l'État son cadre légitimant⁴⁸⁰ et ceci complexifie la nature juridique de l'OHADA.

[208] La vision de Madame Slaughter⁴⁸¹ à ce sujet est particulière et s'oppose à la conclusion que tire le professeur Benyekhlef à savoir, la désagrégation de la souveraineté⁴⁸². De notre entendement, dans l'espace OHADA, il n'est point besoin d'admettre l'État comme un *agrégat d'institutions* opposé à l'État unitaire, avant de pouvoir saisir la réalité de la déliquescence du principe de souveraineté. Jacques Chevallier⁴⁸³ disait à ce propos que « les *éléments constitutifs* de l'État sont en réalité indissociables du processus même de construction étatique ». Au surplus, cette conception centralisée de l'État devrait permettre de mieux caractériser l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui⁴⁸⁴. Si une chose est certaine, c'est qu'à l'interne, en Afrique, la souveraineté législative des États en matière économique et juridique est désormais fractionnée et transférée à des organisations supranationales dont l'OHADA. Ceci est particulier surtout

⁴⁷⁹ Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 12 et s., cité par K. BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme*, les Éditions Thémis, 2008, p. 739, note 553.

⁴⁸⁰ Olivier BEAUD, « La notion d'État », 1990, 35 *Archive de philosophie du droit*, 119, p. 125, et Olivier BEAUD, « Souveraineté », dans P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ième} éd., Paris, PUF, 2003, p. 735, cité par K. BENYEKHFLEF, *id.*, p. 56, notes 163 et 164. L'auteur y retient que « la souveraineté signifie d'abord l'existence du monopole étatique du droit positif », puis que « la souveraineté suggère l'appropriation par [...] l'État du droit... », ce qui n'est manifestement plus le cas dans l'OHADA.

⁴⁸¹ Vision qui rejette celle de l'État unitaire, qu'elle présente comme une fiction utile aux « analystes pour réduire les complexités du système international à une carte de pouvoirs politique, économique et militaire interagissant entre eux par le truchement d'organisations internationales », *Ibid*, p. 32. Traduction personnelle de l'auteur de ces lignes. Pour elle, l'État est « une agrégation de multiples institutions aux rôles et aux capacités distincts ». Dans sa vision, elle ignore le fait que ces « organisations internationales » au plan interne sont coordonnées nécessairement par des structures centrales qui s'identifient à un seul ensemble : l'État. Et nul n'ignore que le pouvoir de l'État est et reste indivisible. L'État ne peut être la somme de différentes composantes et encore moins une de ces composantes prises individuellement. L'État comme son pouvoir est indivisible d'où notre attachement à sa conception unitaire.

⁴⁸² Karim BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme*, Les Éditions Thémis, 2008, p. 739.

⁴⁸³ Jacques CHEVALLIER, *L'État*, Paris, Éditions Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1999, p. 3, cité par André LÉGARÉ, « Dix provinces, un État. Contribution au débat sur le fédéralisme canadien », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges André Lajoie*, Les Éditions Thémis, 2008, p. 891, note 10.

⁴⁸⁴ Voir à ce propos, B. KNAPP, « L'État souverain en 2006 : théorie et réalité? », dans *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Éditions A. Pedone, Paris, 2008, p. 145 et s.

que l'OHADA a en plus d'une vocation juridique, une ambition d'intégration économique⁴⁸⁵!

[209] Concernant la nature juridique en termes d'appartenance paradigmatique de l'OHADA, il est impossible d'y associer un quelconque positivisme pur du droit à la Kelsen⁴⁸⁶. Il s'agit plutôt de l'intégration des coutumes, de la consécration de règles ou pratiques d'ordre moral ou coutumier dans les législations contemporaines (essentiellement civilistes) servant de sources au droit de l'OHADA⁴⁸⁷. Jacques Chevallier⁴⁸⁸ l'a dit, qui retenait que le droit se transforme et de « redoutables secousses de l'ordonnement juridique ... [rendent] plus flous les contours de l'ordre juridique ». Ce constat dans l'espace OHADA n'a pas échappé à une auteure africaine qui a parlé de « télescopage »⁴⁸⁹ juridique.

[210] Des « hiérarchies enchevêtrées », des « objets juridiques non identifiés »⁴⁹⁰, et des « compétences concurrentes »⁴⁹¹ témoignent du désordre juridique. Un autre phénomène

⁴⁸⁵ Le Traité OHADA dans son préambule énonce clairement la volonté des États signataires d'instaurer une communauté économique africaine; de créer un nouveau pôle de développement en Afrique pour réaliser proprement une intégration économique.

⁴⁸⁶ V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 1 où selon la conception pue de l'auteur, il faut « débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers ».

⁴⁸⁷ On parle alors d'usages impératifs c'est-à-dire qui ne tirent pas leur autorité de la loi ni de la volonté des parties et qui souvent vont à l'encontre du droit commun. On peut citer la solidarité présumée entre codébiteurs en matière contractuelle contrairement à l'article 1202 du Code civil; la mise en demeure sans acte extrajudiciaire contrairement à l'article 1146 du C. civ.; la capitalisation des intérêts dans les comptes bancaires contrairement à l'article 1154 du C. civ.

⁴⁸⁸ Jacques CHEVALLIER, « Les transformations du droit », *Droit et société*, vol. 35, 2^{ème} éd., 2004, p. 90.

⁴⁸⁹ Jacqueline LOHOUËS-OBLE, « La codification est-elle un vecteur de développement économique en Afrique », dans *Journées d'études à l'occasion du bicentenaire du code civil. Le rayonnement du droit codifié*, 25 nov. 2004, Les Éditions des Journaux officiels, p. 115 et s. L'expression est censée rendre compte des multiples chevauchements conflictuels qu'on observe en termes de concurrences entre les différentes sources de productions normatives existant actuellement dans l'espace géographique africain.

⁴⁹⁰ Ces expressions sont empruntées à François OST et Michel van de KERCHOVE, op. cit., p. 14. Comme exemple on peut citer les « Commissions nationales OHADA », véritables néo-acteurs législatifs de l'OHADA, créées par la pratique et en voie d'institutionnalisation au regard de leur utilité. Elles diffèrent encore des « clubs OHADA » qui participent informellement au processus d'élaboration de la norme OHADA mais prennent une part très importante dans son application et son rayonnement dans l'espace de l'OHADA et au-delà. Le site www.ohada.com/clubs-ohada, consulté le 05 novembre 2011, répertorie plus

caractérisé par des mouvements législatifs sous formes de « boucles étranges », relevé par les professeurs Chassignard-Pinet et Hiez est celui de la contractualisation⁴⁹² de la procédure normative⁴⁹³. En effet, dans l'espace OHADA la production normative actuelle est décentralisée et elle se contractualise fortement. Les normes sont édictées suivant une logique horizontale successive alors que seule la logique décisionnelle verticale avait été jusque là l'apanage des décideurs africains. Le paradigme décisionnel change ainsi en se singularisant dans l'OHADA. Les États cessent d'être le foyer unique de la souveraineté, de la normativité. En effet, les normes sont élaborées par des experts proposés par le secrétariat permanent⁴⁹⁴ de l'Organisation. Ces Actes uniformes sont « délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage »⁴⁹⁵.

d'une soixantaine de clubs OHADA officiels à travers le monde. Cf. Michel Akoué AKUÉTÉ, « Les clubs OHADA, quelle utilité? Quelle actualité!, dans *Recueil Penant*, 2009,n° 865, pp. 521-530.

⁴⁹¹ Ainsi a-t-on depuis le 1^{er} janvier 2001, en droit comptable, deux plans qui régissent le même espace. Il s'agit du SYSCOA édicté par l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) depuis 1998 et du SYSCOHADA entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

On peut aussi citer brièvement et de façon plus générale la concurrence normative OHADA/CIMA concernant les sociétés d'assurances ou celle OHADA/OAPI en matière de propriété intellectuelle faisant partie du droit des affaires.

⁴⁹² Jean-Louis GILLET, « La contractualisation de la justice », dans Christian PIGACHE, *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen, p. 83. Pour cet auteur la contractualisation « est le développement, dans un certain domaine donné, de normes résultant d'un échange préalable de consentements, entre des partenaires intéressés à la réalisation de certains objectifs. Cette notion a un aspect dynamique qui peut être double :

- Transformation en normes contractuelles de normes auparavant unilatéralement posées par une autorité (*contractualisation libération* exemple : édicition de critères pour la prise d'une décision auparavant discrétionnaire);

- Organisation consensuelle d'un domaine auparavant constitutif d'un vide juridique (*contractualisation-assujettissement* exemple : définition d'un cadre pour les modalités de report des dates de clôture).

⁴⁹³ Sandrine CHASSIGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Acte du colloque sur La contractualisation de la production normative, tenu les 11, 12 et 13 octobre 2007 à la FSJPS de Lille, Dalloz, 2008, coll. Thèmes et commentaires. Actes, 344 pp.; Voir spéc. J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », dans Sandrine CHASSIGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *id.*, p. 83 et s.

Pour une approche critique de la contractualisation faisant une référence intéressante à la transformation des rapports sociaux dans des systèmes normatifs d'Afrique noire, V. Sandrine CHASSIGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, L.G.D.J., 2007, coll., Droit et société. Recherches et travaux, 224 pp.

⁴⁹⁴ Centre institutionnel de décision de l'Organisation, le Secrétariat permanent de l'OHADA a son siège à Yaoundé au Cameroun.

⁴⁹⁵ Article 6 du Traité instituant l'OHADA. Le siège de la Cour permanente de l'OHADA est à Abidjan en Côte d'Ivoire.

Les États disposent alors d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour faire leurs observations. À l'issue de ce délai et sous réserve de l'avis de la CCJA⁴⁹⁶, les États membres n'ont quasiment plus de pouvoir effectif pour contrer l'adoption des Actes uniformes. Aucune intervention d'un parlement national pour ratification n'est alors nécessaire pour l'entrée en vigueur des Actes uniformes 90 jours après leur adoption par un Conseil des ministres⁴⁹⁷. Les réserves ne sont même pas admises⁴⁹⁸ et l'abstention ne fait en rien obstacle à l'adoption des Actes uniformes⁴⁹⁹. On se rend bien compte ici du rôle réduit des pouvoirs exécutifs et/ou législatifs nationaux dans l'adoption de normes qui directement constituent leur droit interne cependant⁵⁰⁰. A cela s'ajoute l'importance que revêt dans la procédure les avis des représentations nationales (commissions nationales OHADA⁵⁰¹) qui sont une pure création de la pratique et dont les observations sont prises en compte.

[211] Ces nouveaux⁵⁰² acteurs du processus législatif, surgissent et prennent une part importante dans l'élaboration de la règle de droit OHADA au détriment du législateur étatique. Ils deviennent ainsi des foyers normatifs importants, des nœuds de normativité souvent au détriment de l'État. On pourrait à juste titre, faire le rapprochement avec ce qu'un auteur a qualifié de *polycentricité*⁵⁰³. Le droit africain ne serait donc ni purement

⁴⁹⁶ Cet avis est requis dans les 30 jours après la transmission par le Secrétariat permanent à la Cour du projet commenté par les États membres (Art. 7 Traité OHADA).

⁴⁹⁷ L'entrée en vigueur peut avoir lieu selon des modalités particulières de délai que fixe l'Acte uniforme lui-même. Art. 9 du Traité OHADA.

⁴⁹⁸ Article 54 du Traité OHADA.

⁴⁹⁹ Article 8 du Traité OHADA.

⁵⁰⁰ Une garantie existe cependant qui permet de ne pas imposer à un État une norme qu'il n'aurait pas désiré : l'exigence de l'unanimité des membres présents lors de l'adoption des textes uniformes (Art. 8 du Traité).

⁵⁰¹ Évelyne HOHOUÉTO, « La restructuration des commissions nationales OHADA », *Recueil Penant*, 2009, 865, p. 517 et s.

⁵⁰² C'est le cas des commissions nationales par le biais de clubs OHADA qui par la force de la pratique sont actuellement reconnus officiellement et en voie d'être institutionnalisés. V. Michel Akoué AKUÉTÉ, « Les clubs OHADA, quelle utilité ? Quelle actualité? », dans *Recueil Penant*, 2009, n° 865, pp. 521-530.

⁵⁰³ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J., Droit et société, 1998, p. 73. L'auteur utilise l'expression pour rendre compte de la superposition des ordres juridiques non nationaux aux droits étatiques. Cela est bien illustré dans l'Union européenne mais aussi l'OHADA. La polycentricité n'est que le reflet de la superposition des systèmes

civiliste, ni de *commonlaw*; encore moins positiviste ou seulement internormatif. Pour preuve, la juridicité⁵⁰⁴ qu'on y retrouve est d'essence combinée avec des règles coutumières, religieuses, etc.

[212] L'OHADA fait montre d'une interaction de plus en plus poussée entre les trois pouvoirs (législatif, judiciaire et exécutif). L'exemple palpable est celui du domaine pénal⁵⁰⁵ où l'OHADA procède à un partage de compétence inédit en s'attribuant le pouvoir de définir les incriminations pénales, tout en réservant le pouvoir de sanctionner aux États⁵⁰⁶. Il n'est pas de doute que tout ceci nous conduit inéluctablement à une sorte de pluralisme juridique spécial que nous qualifions de plurijuridisme. Ainsi se profile la nature juridique particulière de l'OHADA.

[213] « Les droits africains [...] seront pluralistes⁵⁰⁷ ou ne seront pas »⁵⁰⁸. Tels étaient les propos incisifs du professeur Vanderlinden⁵⁰⁹. Peu de juristes de nos jours pourraient

juridiques qui, comme phénomène indépendant des personnes physiques, ne fait pas attention aux catégorisations par familles juridiques que font les juristes et surtout à leur importance mineur dans la réglementation des mêmes phénomènes sociaux qui se posent à l'échelle du continent africain.

⁵⁰⁴ « ... tentative d'étendre la lecture juridique aux modes traditionnels et modernes, formels et informels, conscients ou cachés, occidentaux et non occidentaux des modes de régulation. », Étienne Le ROY, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », Préface de *Les pluralismes juridiques, Cahiers d'anthropologie juridique 2003*, Karthala, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, p. 7 et s., spéc. p. 15.

François Ost proposait le critère de la justiciabilité comme indicateur opératoire de la juridicité. Pour lui, le fait que simplement une réponse institutionnelle en occurrence celle du juge, dotée d'autorité est donnée et permet de distinguer droit et non droit suffit à déterminer la juridicité. V. François OST, « Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoïèse? », dans P. ROBERT (Dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales : pour une sociologie des frontières*, t. 1, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 271 et 272.

⁵⁰⁵ Pour un panorama des progrès réalisés en la matière, Kouakou Eloi YAO, « Uniformisation et droit pénal », RIDC, 2011, n° 3, p. 662 et s.

⁵⁰⁶ Pour des développements sur ce morcèlement de la souveraineté nationale en matière pénale entre les ordres juridiques nationaux et celui communautaire, Voir, N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des États signataires du traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », disponible sur www.ohada.com/doctrine/pénal, consulté le 06 novembre 2011, sigle D-06-41.

⁵⁰⁷ On parle plus récemment encore de pluralisme juridique « critique » ou « radical ». A ce sujet voir : Roderick MACDONALD, *Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law*, dans Andrée Lajoie et alii (Dir.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les Éditions Thémis, Montréal; Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 9 et s. Voir aussi, Martha-Marie KLEINHANS et Roderick MACDONALD, «What is Critical Legal Pluralism? », *Canadian Journal of Law and Society*, 2001, n° 12, pp. 25-46 ; Roderick MACDONALD, « Here, There ... and Everywhere. Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden », dans Lynne CASTONGUAY et Nicolas

réfuter l'acceptation universelle du pluralisme juridique comme théorie influente⁵¹⁰ du droit, encore moins sa pertinence dans le contexte de l'Afrique⁵¹¹. Comme l'écrivait un auteur⁵¹², on peut « penser le pluralisme du Droit à la manière africaine, comme l'expression de modes de régulation multiples, spécialisés et interdépendants, valorisant la complémentarité des différences ».

[214] À notre avis, la nature juridique de l'OHADA est un construit complexe dans lequel pyramide et réseau, positivisme et internormativité⁵¹³, droit civil, droit coutumier et *common law* cohabiteraient et ne seraient plus perçus comme des rivaux. Les constatations ontologiques⁵¹⁴ et épistémologiques⁵¹⁵ du droit en Afrique ne permettent plus que l'on en rende compte par opposition entre droit coutumier, droit civil et *common law* ou entre

KASIRER, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 381 et s ; Jean-Guy BELLEY, « Étudier et enseigner le droit aujourd'hui : vertus et vices du pluralisme juridique radical », dans Lynne CASTONGUAY et Nicolas KASIRER, *id.*, p. 415 et s.

⁵⁰⁸ Jacques VANDERLINDEN, « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », Bulletin des séances de l'ARSOM, 2000, n° 46, p. 288.

⁵⁰⁹ L'auteur dans son article « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », R.I.E.J., 2002, 49, p. 18, affirme « Le constat de l'affaiblissement, voire l'écroulement de l'État africain contemporain en de nombreux endroits du continent et l'efflorescence de réseaux divers qui se sont substitués à lui pour permettre aux populations de survivre, imposent, [...] de reconstruire un autre état de droit fondé sur le pluralisme ».

⁵¹⁰ Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine principale de la science du droit », dans *Pour un droit pluriel. Mélanges en l'honneur du professeur Perrin*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn ; Genève : Faculté de droit de Genève, 2002, p. 13 et s.

⁵¹¹ Filip REYNTJENS, « Rendre les droits africains aux peuples », dans Lynne CASTONGUAY et Nicolas KASIRER, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006, qui affirme que le « pluralisme juridique [...] caractérise l'Afrique de façon particulièrement prononcée », p. 196.

⁵¹² E. LEROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans Andrée LAJOIE et alii (*Dir.*), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les Éditions Thémis, Montréal; Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 34.

⁵¹³ Une des preuves en serait la multitude des sources des Actes uniformes. L'A.U. Arbitrage (11 mars 1999), s'inspire entre autres de la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'A.U.D.C.G. (17 avril 1997), prend ses sources premières dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

L'A.U.S.C.G.I.E. (17 avril 1997) adapte des règles de la loi française de 1867 et certaines de ses lois modificatrices, etc. La morale, les us et coutumes sont aussi des sources du législateur OHADA.

⁵¹⁴ V. Eric ENGLE, "Ontology, Epistemology, Axiology: Bases for a Comprehensive Theory of Law", *Appalachian Journal of Law*, Vol. 8, pp. 103-122, 2009, disponible sur www.ssrn.com à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1268528, consulté le 06 novembre 2012.

⁵¹⁵ V. Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, Précis Dalloz, 2002.

pyramide, pluralisme et réseau mais par combinaison entre ces multiples paradigmes et familles du droit. En d'autres termes, - et pour simplifier - il ne s'agit pas de réseau ou de la pyramide; du *common law* ou du droit civil mais de réseau et pyramide; de *common law* et droit civil à la fois. Ces différents systèmes et paradigmes se nourrissent les uns et les autres⁵¹⁶ avec le constat que de nos jours, l'essence civiliste prédomine dans le cadre de l'OHADA. Pour preuve, on assiste de plus en plus au développement d'une véritable pratique transnationale du droit basée sur l'éclosion de cabinets juridiques transfrontaliers à l'intérieur desquels on manipule une diversité de droits transnationaux. Cette coexistence des systèmes juridiques, dont il serait salubre de réussir l'institutionnalisation⁵¹⁷ au sein de l'OHADA, demeure pour l'instant informelle à travers la coexistence de multiples sources de normativités. Superposées, combinées et mélangées dans notre vécu juridique, elles forment une « légalité poreuse ou [...] porosité juridique »⁵¹⁸, synonyme pour Boaventura De Sousa Santos d' « interlégalité ». Étienne Leroy qualifiait quant à lui cette même situation de « multijuridisme »⁵¹⁹ quoiqu'elle se rapproche aussi du « *pidgin juridique* »⁵²⁰ dont a pu parler le même auteur dans une autre production scientifique.

⁵¹⁶ Pour un développement général autour de la question, V. Jean-Jacques PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », dans *Liber Amicorum Jean Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 131 et s.

⁵¹⁷ Institutionnaliser cette coexistence des systèmes juridiques dans le cadre de l'OHADA reviendrait à revoir les projets d'Actes uniformes en cours d'élaboration pour en adapter les principes fondamentaux aux systèmes des droits coutumiers et de *common law* qui après celui de droit civil sont les plus communs en Afrique. Il faudrait aussi revoir certains Actes uniformes en vigueur pour en adapter les règles. L'OHADA pourrait ainsi devenir la première organisation communautaire supranationale à caractère multijuridique.

⁵¹⁸ B. De Sousa SANTOS, « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *Droit et société*, 1988, n° 10, p. 382.

⁵¹⁹ Étienne LEROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (Dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les éditions Thémis, Montréal, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 30 et s., spéc., p. 35.

⁵²⁰ E. LEROY, « Bricolages anthropologiques pour promouvoir, en Afrique et ailleurs, un dialogue entre univers juridiques », R.D. McGill, 2005, n° 50, p. 954. L'expression est censée rendre compte de la mixture juridique, incapable de décrire le droit tel qu'il est en Afrique; mixture constituée par le « droit des manuels » (droit déformée par des universitaires sur une base occidentale) opposé au « droit-qui-se-fait ».

[215] On peut citer plusieurs exemples⁵²¹ dans toute l'Afrique qui témoignent de ce multijuridisme. Le Nigéria⁵²² qui présente un droit mixte⁵²³ fait de *commonlaw* anglaise et de droit islamique dans douze (12) états provinciaux du Nord. Le Cameroun qui mixe du droit civil français avec des influences de *common law*⁵²⁴. L'Afrique du Sud qui présente un droit romano-germanique combiné avec de la *commonlaw* anglaise. Le Kenya trijuridique avec son droit coutumier, le *common law* anglaise et du droit islamique national. La Guinée Équatoriale dont le droit positif est d'inspiration espagnole, droit espagnol qui est fortement influencé par les règles du Code Napoléon. Autant d'illustrations de ce multijuridisme qui caractérise le continent africain et attribue à l'OHADA sa véritable nature plurijuridique.

[216] L'OHADA, s'inscrit comme un *droit positif transnational*⁵²⁵ (*positivisme allégé*⁵²⁶), difficilement saisissable⁵²⁷, développant une normativité multijuridique (*common law*, droit civil, droits coutumiers, droits religieux, etc.) qui lui attribue *de facto* sa véritable nature juridique.

⁵²¹ Ces exemples sont tirés pour la plupart de l'article de Ricardo SILVA, «Legal Integration in Africa – How to Match Different Pieces of the Same Puzzle?», in *Africa Law Today*, April 2009, Vol. 1, Issue 3, American Bar association, Section of International Law Africa Committee, p. 10.

⁵²² Pays non membre de l'OHADA, entouré d'États parties, il s'intéresse de plus en plus à l'organisation.

⁵²³ Sur la notion, V. Université de droit, d'économie et des sciences gréco océan indien du C.N.R.S., *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, PUAM, 1989, 239 pp. avec les contributions de Robert GARRON sur la notion et la fonction du droit mixte, p. 11 et s. et Jean-Louis BERGEL, p. 21 et s. Pour une approche théorique plus ontologique et épistémologique, on lira avec intérêt dans le même ouvrage collectif, Norbert ROULAND, « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique », p. 41 et s.

⁵²⁴ La *common law* s'applique toujours de nos jours dans toute la partie anglophone du pays ou ex-Cameroun occidentale.

⁵²⁵ L'expression est le résultat de l'observation du corpus juridique de l'OHADA. La norme OHADA est une norme à la fois de droit positif interne dans chaque État partie et une norme transnationale, l'Organisation communautaire considérée. En effet, ces normes font partie directement du droit interne sans aucune formalité de réception au plan national et constituent en même temps le droit communautaire africain des affaires.

⁵²⁶ Sensiblement proche de celui constaté dans le dernier ouvrage du maître de la théorie positiviste pure, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Léviathan, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1996.

⁵²⁷ François CHEVRETTE et Hugo CYR, « De quel positivisme parlez-vous? », dans *Mélanges Andrée Lajoie*, Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (Dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, pp. 35-38.

[217] Sur la base de cette nature difficilement saisissable, quelle est le meilleur choix méthodologique pour l'harmonisation du droit OHADA des contrats?

Paragraphe 2 : Les implications des différents choix méthodologiques

« Le problème n'est pas de nos jours de savoir si l'unification internationale du droit se fera; il est de savoir comment elle se fera. », René David⁵²⁸

[218] L'hétérogénéité des voies et moyens⁵²⁹ qui conduisent à l'harmonisation⁵³⁰ soulève la question centrale suivante : Comment effectuer l'harmonisation entre le *common law*, le droit civil et les autres traditions au regard de ce « plurijuridisme » que nous avons caractérisé comme réalité de l'OHADA. Avant donc de procéder au choix⁵³¹ de la

⁵²⁸ René DAVID, « Les méthodes de l'unification », dans *Le Droit comparé - Droits d'hier, droits de demain*, Économica, 1982, p. 304 et s.

⁵²⁹ Sur la question des moyens d'harmonisation en général, on consultera utilement MATTEUCCI, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1957, p.387 et s. Consulté à la bibliothèque d'UNIDROIT à Rome en juin 2010 ainsi que PILOTTI, *Les méthodes de l'unification*, dans Actes du Congrès international de droit privé intitulé *L'unification du droit*, Éd. UNIDROIT, Rome, 1951

⁵³⁰ Mireille DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience contemporaine », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Économica, Paris, Coll. Études juridiques, p. 28.

⁵³¹ Innocent FETZE KAMDEM pense qu'«une appréciation adéquate d'une œuvre d'intégration juridique, de ses difficultés, de ses défaillances ou de sa réussite doit nécessairement être précédée de sa qualification rigoureuse comme relevant soit d'une harmonisation, soit d'une unification ou encore d'une uniformisation. ». L'affirmation est partiellement vraie car non seulement d'autres moyens existent mais certains moyens se combinent. Pour une opinion contraire, V., I. FETZE KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 709 et s, spéc., p. 714 - 715.

technique juridique appropriée et ses conséquences, nous exposerons en tentant de les distinguer, les différentes méthodes pertinentes⁵³².

A- Panorama de quelques méthodes existantes

[219] Il faudra retenir pour commencer que les méthodes peuvent être classifiées en méthode de droit matériel, s'axant sur la substance même des droits à rapprocher et en méthodes conflictuelles à côté desquelles on pourra édifier une troisième catégorie mixte. Pour les premières on retiendra l'harmonisation⁵³³, l'uniformisation⁵³⁴, l'unification⁵³⁵, la coordination⁵³⁶, le rapprochement des législations⁵³⁷ ou la convergence législative. Pour les secondes, il s'agira essentiellement de l'harmonisation⁵³⁸ des règles de conflit⁵³⁹ et de l'adoption de directives⁵⁴⁰ communautaires. La troisième catégorie comprendra à juste titre

⁵³² V. René DAVID, *Id.*, Article publié depuis 1968 en anglais et qui insistait déjà sur leur importance.

⁵³³ Du latin 'harmonia', l'harmonisation désigne un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques afin d'en réduire ou d'en supprimer certaines contradictions, I. FETZE KAMDEM, *Id.*, p. 716 avec des références fournies en note de bas de page 716.

⁵³⁴ Issu des mots latins *unus* et *forma*, l'uniformisation consiste à donner la même forme à un ensemble d'éléments dont toutes les parties se ressemblent entre elles. Elle postule l'existence d'un cadre normatif unique auquel les parties adhèrent sans pouvoir le modifier ni sur le fond ni sur la forme. V. I. FETZE KAMDEM, *Op.cit.*, p. 143, spéc. p. 717.

⁵³⁵ D'origine latine : *uniformis*; *imus* et *forma*, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^e éd., 2004; ou encore selon I. FETZE KAMDEM, *unus* (un) et *facere* (faire), l'unification est l'action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique. L'auteur cite le *Dictionnaire Littré de la langue française*, t. 7, Paris, Éd. Gallimard, Hachette, 1971, 1450.

⁵³⁶ Du latin *ordinatio*, mise en ordre, la coordination est l'action d'agencer des choses [des normes], des activités, diverses dans un but déterminé, dans *Le petit Larousse illustré grand format*, Paris, Éd Larousse, 2008, 1874 pp., [V. coordination].

⁵³⁷ VIGNES, Le rapprochement des législations, dans *Droit de la communauté économique européenne*, vol. V., Bruxelles, 1973, p. 152 et s., cité par Riccardo MONACO, « Harmonisation et unification internationale des règles de droit public », dans *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Liber Amicorum Jean Georges SAUVEPLAINE*, Kluwer, 1984, p. 187, note 4.

⁵³⁸ À ce niveau nous devrions peut-être parler d'uniformisation des règles de conflit pour être plus précis car une harmonisation stricto sensu n'aurait aucun effet. Seule une uniformité des règles de conflit pourrait être salutaire si elle était possible.

⁵³⁹ La première expérience de tentative d'unification des règles de conflit nous est présentée par les travaux de la Conférence de la Haye pour le droit international privé de 1951. C'est du moins l'opinion de Hans Hulrich JESSURUN D'OLIVEIRA, « Codification et unification du droit international privé. Problèmes (*sic*) de coexistence », dans *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Liber Amicorum Jean Georges SAUVEPLAINE, Id.*, p. 117 et s., spéc. 121.

⁵⁴⁰ Pour des développements sur l'emploi des directives comme méthode d'uniformisation dans l'Union européenne, V. P.C. MÜLLER-GRAFF, « EC Directives as a means of Private Law Unification », in Arthur HARTKAMP (Ed.), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed, 1998, p. 72 et s.

la technique de la convention législative⁵⁴¹ et les accords d'association⁵⁴² qui peuvent emprunter à l'une comme à l'autre des deux premières.

[220] L'harmonisation⁵⁴³, procédure bien connue de nos jours est à l'origine une création « des rédacteurs du Traité de Rome »⁵⁴⁴. Elle consiste « en la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales ou, plus précisément, d'une équivalence des coûts et des avantages socio-économiques ou des situations juridiques »⁵⁴⁵. Elle se caractérise par « l'instauration dans chaque État membre de règles distinctes, mais équivalentes »⁵⁴⁶. Elle renvoie à une simple mise en compatibilité des règles juridiques et pas à une conformité absolue⁵⁴⁷ et a notamment pu être définie comme « un processus qui permet d'aboutir à une équivalence conceptuelle entre normes relevant d'ordres juridiques distincts »⁵⁴⁸.

[221] La doctrine⁵⁴⁹ a très souvent associé harmonisation et coordination même si on peut noter une légère différence de degré entre les deux concepts. En effet, coordonner c'est :

« agencer les parties d'un tout selon un plan logique pour une fin déterminée, donc, en matière juridique, régler les rapports entre des systèmes juridiques ou des institutions différentes dans la mesure

⁵⁴¹ V. Innocent FETZE KAMDEM, *Adaptabilité des instruments juridiques internationaux relatifs au commerce : pour une convention législative*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 2003, p. 285 et s.

⁵⁴² V. Nassima FERCHICHE, « La contribution des accords d'association à la méditerranisation du droit des affaires », dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 173 et s.

⁵⁴³ *Stricto sensu*, on parle d'harmonisation « quand les règles tendent seulement à se rapprocher autour de principes communs, mais peuvent rester différentes », Mireille DELMAS-MARTY, *ibid.*, p. 29.

⁵⁴⁴ Thomas HATZIGAYOS, « Un Code européen des contrats. Mythe ou réalité? », dans Xavier HENRY (Dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, p. 77 et s., spéc. p. 89 et 90.

⁵⁴⁵ A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 43 et 45.

⁵⁴⁶ Thomas HATZIGAYOS, *Ibid.*, p. 90.

⁵⁴⁷ Mireille DELMAS-MARTY, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », Dalloz, 2000, chron. P. 424

⁵⁴⁸ I. RUEDA, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit OHADA », *Revue de la recherche juridique*, 2003, I, p. 115.

⁵⁴⁹ Thomas HATZIGAYOS, *op. cit.*, p. 90.

nécessaire à l'ordre que l'on veut établir dans ces rapports, sans changer substantiellement le contenu des normes, des systèmes ou des institutions eux-mêmes »⁵⁵⁰.

[222] La principale différence entre coordonner et harmoniser se situe dans le fait que la coordination laisse souvent subsister des différences alors que l'harmonisation tend à vraiment ramener au même niveau et rend en principe équivalent.

[223] L'unification⁵⁵¹ quant à elle s'éloigne des deux premières techniques en ce sens qu'elle fusionne sous une seule, la législation de plusieurs États et requiert l'adoption d'une norme unique généralement contraignante⁵⁵². Elle entraîne selon le professeur Jeammaud⁵⁵³ *la substitution à des droits nationaux formellement distincts [...], d'un droit unique ou d'un corps unique de dispositions*. L'uniformisation⁵⁵⁴ forme l'entre-deux⁵⁵⁵ des notions d'unification⁵⁵⁶ et d'harmonisation. Elle se matérialise par *l'insertion dans les droits nationaux, qui demeurent distincts sur la matière concernée et dont la compétence*

⁵⁵⁰ R. Van Der ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la CEE », dans *Les instruments de rapprochements des législations dans la CEE*, U.L.B., Institut d'Études Européennes, 1976., p. 1 et s., spéc. p. 7. On consultera aussi avec intérêt l'article 46 al. 2 et 47 al. 3 et 4 du Traité qui, sans procéder à une définition du terme « coordination » permet de le cerner puisqu'ils visent la coordination des dispositions législatives des États membres en la matière concernée, cité par Thomas HATZIGAYOS, *Id.*

⁵⁵¹ Gérard CORNU, dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 7^{ième} édition, 2005 retient du terme unifier *l'action d'établir l'unité de législation dans un pays donné*.

On lira avec curiosité l'article de T. J. DORHOUT MEES, « La mini-unification », dans *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Liber Amicorum Jean Georges SAUVEPLAINE*, Kluwer, *Id.*, p. 61 et s. L'auteur y signale les hypothèses particulières où l'unification se déroule au niveau d'un seul État dans une matière précise. On constate que sous cette terminologie ambiguë se cache aussi l'harmonisation par les directives communautaires précisément dans l'Union européenne où les normes uniques sont suggérées avec obligation pour les États de les incorporer dans leurs législations nationales selon le mode le plus adéquat laissé à leur discrétion. Nous clarifions cette méthode brièvement plus loin dans le corps de nos écrits.

⁵⁵² I. RUEDA, *Ibid.*, p. 117 et s.

⁵⁵³ A. JEAMMAUD, *Ibid.*, p. 39 et s.

⁵⁵⁴ Uniformisation ou « règles identiques incorporées à des droits nationaux distincts », Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 143, spéc. p. 28.

⁵⁵⁵ Pour une opinion contraire, V. I. FETZE KAMDEM, *Ibid.*, p. 718. Pour cet auteur, l'uniformisation serait une forme plus achevée que l'unification.

⁵⁵⁶ Unification ou « des règles identiques appartenant à un droit commun unique », Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 143.

ne subit aucun retranchement, de règles identiques et non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun de ses droits⁵⁵⁷.

[224] Quant au rapprochement des législations⁵⁵⁸, il est à tort⁵⁵⁹ assimilé dans le Traité UE à l'harmonisation et à la coordination⁵⁶⁰. Personnellement, nous pensons que la seule assimilation possible est celle de la coordination et de la convergence législative. Au demeurant, le rapprochement des législations n'est plus une méthode *per se* en soi mais elle se dilue dans toutes les méthodes existantes⁵⁶¹.

[225] La méthode souple des directives communautaires est la principale voie choisie par l'Union européenne. Elles ne lient les États membres de l'Union européenne que quant au résultat à atteindre⁵⁶², tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens⁵⁶³. Elles ne sont de ce fait pas compatibles avec le contexte africain car elles ne sont pas d'application directe dans les droits internes des États parties auxquels elles laissent le choix complet des moyens. Quelques rappels suffisent à démontrer l'inadéquation dont nous parlons. L'OHADA a adopté un système d'applicabilité directe⁵⁶⁴ des Actes uniformes, laissant - reconnaissons-le - très peu de choix aux législateurs nationaux des États membres. L'expérience a prouvé que dans les rares domaines⁵⁶⁵ et sur

⁵⁵⁷ A. JEAMMAUD, *Op. cit.*, p. 41 et s.

⁵⁵⁸ Utilisé à l'article 100 devenu 94 du Traité UE et 100 A du Traité CE.

⁵⁵⁹ V. pour une opinion dubitative à ce sujet, W. Van GERVEN, « L'harmonisation du droit des contrats en Europe. Rapport introductif », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, Coll. Études juridiques, p. 3.

⁵⁶⁰ Article 100 A devenu 95, § 1 et 4 du Traité CE et article 54, devenu 44, § 2, litt. g du Traité UE.

⁵⁶¹ Pour une opinion similaire mais en lien direct avec les directives européennes, V. D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom? », *Mélanges J. BOULOUIS*, p. 532 et s.

⁵⁶² Article 189 devenu 249 Traité CE

⁵⁶³ Article 288 du Traité UE.

⁵⁶⁴ Article 10 du Traité OHADA. V. Parfait DIEDEHOU, « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », *Rev. Dr. unif.*, 2007 - 2, vol 12, p. 265.

⁵⁶⁵ En matière pénale par exemple, non seulement les États n'ont pris aucune mesure quant à la mise à jour des sanctions des incriminations faites par L'OHADA alors que l'option leur était laissée mais en plus c'est à des paradis pénaux qu'on assistera à ce niveau si des sanctions des même incriminations étaient très

les quelques points où une option, une marge de manœuvre a été laissée à ces législateurs, c'est une inaction préjudiciable ou une uniformisation incomplète⁵⁶⁶ qui a été constatée. Le cas des mesures nationales nécessaires pour une mise en conformité⁵⁶⁷ des AU OHADA avec les législations internes des États membres resté au *statu quo*⁵⁶⁸, est patent et fort éloquent à cet égard.

[226] Les règlements de droit communautaire quant à eux, sont plus une méthode conduisant à l'unification⁵⁶⁹. Obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les États membres, ils en constituent le droit national unique pour les questions qu'ils régissent.

[227] La convention législative s'apparente à un Code universel de commerce (Global Commercial Code⁵⁷⁰) dans sa finalité mais en plus elle a « le mérite d'offrir une chance à tous les États de participer à l'Élaboration des normes intégrées du commerce international »⁵⁷¹ sans considération de l'État en position économique forte. À la différence du Code universel de commerce, la convention législative n'entend couvrir que certains

différentes d'un pays à un autre de l'espace. Elisabeth KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Recueil Penant*, 2000, p. 304, n° 834.

⁵⁶⁶ Michel MAHOUE, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Recueil Penant*, 2004, n° 846, p. 87 et s.

⁵⁶⁷ Pour des détails V., Joseph ISSA SAYEGH, « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *Recueil Penant*, 2005, n° 850, p. 6 et s.

⁵⁶⁸ En 2004, soit plus de dix ans après l'entrée en vigueur du traité OHADA, seuls le Sénégal, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Conakry et le Gabon ont effectué des actions en ce sens. Entre-temps, le législateur béninois vient récemment de procéder à la mise à jour des sanctions des incriminations pénales faites par l'OHADA. V. Loi N° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin. La matière pénale n'est cependant pas la seule concernée et des réformes nationales plus complètes sont attendues.

⁵⁶⁹ W. Van GERVEN, *Ibid.*, p. 147, spéc. p. 3.

⁵⁷⁰ M. J. BONELL, *Op. Cit.*, note 1051, p. 470 et s. Le professeur BONELL emboîte le pas aux professeurs SCHMITHOFF et HERRMANN quant à la proposition du code universel de commerce. Cité par FETZE KAMDEM, *Op. Cit.*, p. 143, spéc. p. 287, note 1052.

⁵⁷¹ Innocent FETZE KAMDEM, *Op. Cit.*, p. 143, spéc. p. 287.

types de transactions entre commerçants⁵⁷². Tout en étant une option à considérer grâce au système d'*opting out*⁵⁷³ qu'elle offre, la convention législative souffre à notre sens par manque de pragmatisme⁵⁷⁴. Elle sera difficile à mettre en œuvre car elle souffre aussi d'un peu de déficit démocratique⁵⁷⁵ tout comme d'ailleurs le dernier moyen d'harmonisation que nous clarifierons.

[228] C'est Nassima FERCHICHE⁵⁷⁶ qui pour finir nous permet de découvrir ce dernier moyen d'harmonisation qui est celui des accords d'association. Revêtant la nature juridique de traités internationaux bilatéraux conclus entre une organisation internationale - qui dans notre cas serait l'OHADA⁵⁷⁷ - et des pays tiers, elle a le mérite de s'imposer dans les ordres juridiques nationaux en vertu du principe de la primauté des traités⁵⁷⁸ en vigueur dans la plupart de ces États de tradition moniste⁵⁷⁹. Cependant ce moyen a démontré de

⁵⁷² I. FETZE KAMDEM, *Op. cit.*, p. 143, spéc. p. 288. Il s'oppose en cela au professeur BONELL pour qui il s'agirait d'une « compilation of special rules relating to the most important kinds of commercial transactions ». BONELL, *Op. cit.*, p. 473 et 480.

⁵⁷³ De l'idée du professeur KAMDEM, une convention législative ne peut entrer en vigueur que par un système d'*opting out*. V. FETZE KAMDEM, *Op. cit.*, p. 143, spéc. p. 309 et s.

⁵⁷⁴ Elle ne correspond pas encore à la réalité de l'OHADA et des États africains qui même s'ils ont accepté d'aliéner leur souveraineté par un processus similaire de l'OHADA, ne peuvent accepter qu'on leur crie haut et fort qu'ils n'ont plus du tout leur mot à dire. C'est une critique diffuse mais qui sur le terrain se vérifie bien. Recevoir carte blanche mais en donnant l'impression à l'État qu'il est toujours maître de sa souveraineté. La convention législative opère l'effet opposé en mettant les États face à la réalité.

⁵⁷⁵ Les propos sont de D. F. VAGTS, cité par FETZE KAMDEM, *Op. cit.*, p. 143, spéc. p. 312, note 1137.

⁵⁷⁶ Nassima FERCHICHE, *Op.cit.*, p. 146.

⁵⁷⁷ Cette technique fut utilisée notamment dans les rapports entre l'Union européenne et les États de l'ASEAN. Il s'agit d'une technique favorable à l'harmonisation des droits nationaux d'autant plus que cet instrument fut un des éléments à la fois précurseurs et catalyseurs de l'adhésion des États de l'Europe centrale et orientale à l'Union européenne.

Un autre usage en fut fait dans les accords de partenariat euro-algérien notamment les articles 95, 96, 97 et 98 de ce Traité ou en général les partenariats euromaghrébins. Ou encore dans le cadre de la mise en place de l'Union pour la méditerranée.

⁵⁷⁸ En droit européen, V. Susana GALERA, *Judicial review : a comparative analysis inside the European legal system*, 2010, 330 pp. où l'auteur décrit en chapitre préliminaire l'origine du principe de primauté du droit (Rule of Law) en droit européen ; En droit canadien, Fabien GELINAS, *La primauté du droit et les effets d'une législation inconstitutionnelle*, Montréal, Université de Montréal, 1987 ou encore après sur une question fondamentale au Québec, Warren J. NEWMAN, *Le renvoi relatif à la sécession du Québec : la primauté du droit et la position du procureur général du Canada*, York University, Toronto, 1999.

⁵⁷⁹ S'oppose au dualisme qui a été défini comme par John Currie, "International Treaties and Conventions as Agents of Convergence and Multijuralism in Domestic Legal Systems", in *Multijuralism: Manifestations, Causes and Consequences*, Edited by Albert Breton, Anne des Ormeaux, Katharina Pistor and Pierre

nombreuses limites⁵⁸⁰ dans le cadre de son application dans les partenariats avec l'Union européenne notamment son absence de déficit démocratique⁵⁸¹, l'absence d'effet direct⁵⁸² de principe des accords. Ces limites nous permettent sans hésitation qu'il ne s'agit pas de la méthode adéquate et qu'elle ne saurait avoir un impact significatif sur le processus d'harmonisation du droit des contrats à l'étude.

B- Les implications de la méthode choisie

[229] A priori, l'uniformisation⁵⁸³ sert plus directement les desseins de l'OHADA. Mais l'harmonisation est une technique « *plus souple et plus respectueuse des identités* »⁵⁸⁴ et elle a le mérite, sur la base de l'expérience canadienne de mieux réussir la nécessaire cohabitation systémique. En effet elle s'adapterait mieux au contexte sociopolitique des États africains qui ne semblent pas encore prêts politiquement à suivre une complète unification économique. Il est clair que politiquement, l'harmonisation est préférable à

Salmon, p. 14 et s. comme (traduction de l'auteur) excluant toute unité ou complémentarité entre les deux ordres interne et international. Le dualisme promeut une insularité ou séparation essentielle des ordres juridiques nationaux entre eux et à l'égard de toute norme supranationale comme celle de l'OHADA. Il faut reconnaître que le dualisme est approprié au cas canadien mais pas du tout à celui de l'OHADA qu'il caractérise moins.

⁵⁸⁰ V. Nassima FERCHICHE, *Op. cit.*, p. 146, spéc. p. 191 et s. spéc., para 52 - 56.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 181, spéc. para. 20.

⁵⁸² V. CJUE, 30 septembre 1987, *Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, 12 /86, Rec. p. 3719 et CJUE, 20 septembre 1990, *Sevince c. Staccords d'associationssecretaris van Justice*, C-192 /89, Rec., p. I-3461, cité par Nassima FERCHICHE, *Op. cit.*, p. 192 et 193, spéc. note 79.

⁵⁸³ Qualifiée de « forme plus brutale mais plus achevée d'intégration juridique » par rapport à l'harmonisation, in Joseph ISSA SAYEGH, Jacqueline LOHOUES OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2002, Collection droit uniforme africain, p. 63, n° 137.

⁵⁸⁴ Communication de monsieur Ferdinand AHO lors du séminaire sur : « La diffusion du droit uniforme de l'OHADA dans une perspective bijuridique » à la page 7. Organisé par l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie avec la collaboration de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa au Canada. Communication sous le thème : « *Quelques aspects actuels et futurs de la diffusion du droit OHADA dans une perspective bijuridique* ».

l'unification ou l'uniformisation mais juridiquement l'uniformisation ou l'unification est meilleure⁵⁸⁵.

[230] Les efforts formels⁵⁸⁶ d'uniformisation et d'unification du droit par la doctrine ont trop peu porté des fruits disait H. P. Glenn⁵⁸⁷. Non seulement a-t-il raison mais en plus, il apparaît que l'unification comme l'uniformisation tendent à imposer le droit de la nation la plus forte⁵⁸⁸ en ce sens que toutes deux exigent la possibilité de trouver une synthèse des droits visés ; synthèse difficilement atteignable à moins de privilégier l'un sur l'autre. L'OHADA ne peut risquer de poursuivre une visée unificatrice surtout avec les idées de supériorité d'un droit sur un autre qui sont toujours dans l'aire du temps⁵⁸⁹.

[231] Il y a de sérieux dangers qui peuvent découler de l'instrumentalisation de l'unification⁵⁹⁰ comme moyen à retenir. Sans oublier que nombre d'auteurs⁵⁹¹ la trouve simplement impossible⁵⁹². Cette voie devrait donc être écartée pour toutes ces raisons. Le législateur OHADA la retient théoriquement mais dans la pratique il se laisse tout de même

⁵⁸⁵ Les États sont souvent réticents à perdre des domaines de souveraineté nationale au profit d'une organisation supranationale comme l'OHADA ce qui explique leur préférence pour l'harmonisation. Les juristes quant à eux ont plus de facilité à créer une norme unique qu'à trouver le dénominateur commun entre 17 droits nationaux ou plus.

⁵⁸⁶ Pour un détail des efforts en question dans le temps, H. P. GLENN, « Harmonization of Private Law Rules Between Civil Law and Common Law Jurisdictions », dans *Académie Internationale de droit comparé, XIIIe Congrès International, Rapports généraux*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 79.

⁵⁸⁷ H. P. GLENN, « Le ciel tout bleu du droit uniforme », dans Generosa Bran MIRANDA et Benoît MOORE (Dir.), *Mélanges Adrian POPOVICI. Les couleurs du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 441 et s., spéc. p. 443.

⁵⁸⁸ Mireille DELMAS-MARTY va jusqu'à parler de « droit commun impérialiste ou hégémonique », *op. cit.*, p. 143, spéc. p. 29.

⁵⁸⁹ Référence aux Rapports *Doing business* endossés par la Banque Mondiale (www.doingbusiness.org) et aux réactions qui ont suivi particulièrement en France (www.fondation-droitcontinental.org), consulté le 17 mai 2013.

⁵⁹⁰ V. Élise CHARPENTIER, « Les fins et les moyens de l'unification du droit du commerce international », dans Nathalie VÉZINA (Dir.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, p. 7 et s.

⁵⁹¹ H. P. GLENN, *Ibid.*, p. 446 qui affirme en parlant du professeur Michael Joachim BONELL, « The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law », 2008, *56 Am. J. Comp. L.* 1., que : « Parler d'un *world contract law* n'est pas vraiment réaliste ».

⁵⁹² Aline GRENON, « unification of Laws in Federal Systems : The Canadian Model », dans Nathalie VÉZINA (Dir.), *Id.*, p. 33 et s.

une porte de sortie résidant dans l'usage du concept d'harmonisation plus souvent dans les Actes uniformes. Aussi, cette harmonisation devrait être plus faisable au niveau régional que national⁵⁹³.

[232] Pour ce qui est de l'harmonisation des règles de conflits de lois, le professeur Glenn présente bien le panorama des difficultés qui rendent impossible une telle action au demeurant tentée à plusieurs reprises.

« Nous connaissons aujourd'hui le phénomène des conflits entre les règles de conflits de lois (pour ne rien dire des conflits entre les conventions régissant les conflits de lois et ayant comme objet l'unification des règles de conflits de lois). Il ne serait donc pas possible d'atteindre un résultat harmonieux pour tous les États par l'entremise du droit international privé. [...] Il existe donc une présomption de conflits [...]. Ainsi, la nature même du droit international privé alimente la cause de l'unification du droit matériel, puisqu'elle entraîne la surestimation du nombre de conflits. ».

[233] À ce sujet Valentine Espinassous⁵⁹⁴ a su bien démontrer que l'uniformisation du droit substantiel ne supprime pas les conflits de lois étatiques. Il subsiste des conflits formels⁵⁹⁵ de lois étatiques et des conflits matériels⁵⁹⁶ émanant principalement des divergences d'interprétation. Ces dernières ont toujours été la principale menace⁵⁹⁷ des œuvres d'uniformisation. Dans les exemples⁵⁹⁸ choisis par l'auteure, ces divergences

⁵⁹³ H. P. GLENN, *Id.*, p. 444.

⁵⁹⁴ Valentine ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 526, 2010.

⁵⁹⁵ Valentine ESPINASSOUS, *Id.*, p. 21 et s.

⁵⁹⁶ Valentine ESPINASSOUS, *Id.*, p. 87 et s., spéc. p. 105-123

⁵⁹⁷ Claude WITZ, « La quête de l'universalisme dans l'interprétation », L.P.A., 18 déc. 2003, n° 252, p. 54.

⁵⁹⁸ La thèse prend les exemples de la Convention de 1924 sur le connaissement en matière maritime; la Convention de Genève sur le contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956; la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises; la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail; la Convention sur les transports de marchandises et de voyageurs par chemin de fer; la Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international et enfin le projet UNIDROIT de convention sur les garanties internationales sur les équipements mobiles, Valentine ESPINASSOUS, *Id.*, p. 11-17.

auraient pu être amoindries si les directives d'interprétation intrinsèques⁵⁹⁹ et extrinsèques⁶⁰⁰ du texte conventionnel étaient suivies. La conclusion finale de madame Espinassous est que ces conflits demeurent justement parce qu'il n'existe pas *a priori* de système de précédent en matière de droit uniforme et *a fortiori* à cause de l'inexistence d'une juridiction suprême unique en charge d'assurer l'interprétation uniforme. Comme l'auront de suite noté ceux qui connaissent le système OHADA, la dernière lacune y est inexistante⁶⁰¹ tandis que nous démontrons au sujet de la première la fausseté des considérations inter-systèmes qui la soutiennent⁶⁰².

[234] Au final, la voie de l'harmonisation s'impose logiquement à l'OHADA et même au plan international quant à l'objectif de suppression des conflits de conventions⁶⁰³. Politiquement plus acceptable⁶⁰⁴, elle a aussi le mérite de soulever moins de craintes⁶⁰⁵ que l'unification et moins d'incertitudes que le rapprochement des législations par les Traités⁶⁰⁶ ou conventions⁶⁰⁷, les directives ou les conventions législatives. Parce que juridiquement complexe, la formule de l'harmonisation fait logiquement appel à celle de l'uniformisation. L'OHADA en est la preuve vivante. La solution passe encore une fois par une combinaison savante des deux modes : harmonisation et unification. Le législateur de

⁵⁹⁹ Il s'agit de l'interprétation détachée du droit interne; du recours à la bonne foi et de l'utilisation des principes généraux en cas de lacune interne, Valentine ESPINASSOUS, *Ibid.*, p. 128

⁶⁰⁰ Comme extrinsèques l'auteure retient le recours à la doctrine et le recours aux décisions étrangères, Valentine ESPINASSOUS, *Ibid.*, p. 141 et s.

⁶⁰¹ L'OHADA dispose de la CCJA qui assure une uniforme interprétation de tous les Actes uniformes élaborées.

⁶⁰² Voir plus loin nos développements du paragraphe 2, qui tentent de prouver que le système du précédent existe en droit continental.

⁶⁰³ L'harmonisation serait ainsi « une notion directrice » qui innerve le droit uniforme selon Valentine ESPINASSOUS, *Ibid.*, p. 217, n° 432.

⁶⁰⁴ Car elle heurte moins la souveraineté des États et établit juste des seuils minimaux communs souvent compatibles avec les attentes diverses des États. Sa logique ambivalente (*fuzzy logic*) opposée à la logique aristotélicienne (obligation d'identité) y contribue.

⁶⁰⁵ En termes d'hégémonie, suite à une concurrence des systèmes juridiques patente.

⁶⁰⁶ Dans l'UE cette option est possible entre autres grâce à l'article 220, devenu 293 CE.

⁶⁰⁷ Art. K. 6, devenu Art. 34, § 2, litt. d., du Traité UE.

l'OHADA l'a bien compris. Harmonisation et uniformisation se talonnent et se complètent⁶⁰⁸ inévitablement en fonction des objectifs et des matières, la finalité étant l'unification.

⁶⁰⁸ En Europe, Mireille DELAMS-MARTY l'a bien compris, elle qui parle de *caractère évolutif du processus qui passe de la juxtaposition à l'harmonisation en allant vers l'unification*. L'entre-deux étant l'uniformisation à notre sens. V. Mireille DELMAS-MARTY, *Op. cit.*, p. 143, spéc. p. 33 - 34.

SECTION 2 : La convergence des deux traditions juridiques en présence

« *Common law et droit romano-germanique sont comparables à des demi-frères qui ont pour origine commune un père romain et des mères⁶⁰⁹ distinctes.* », Dario Boccara⁶¹⁰

[235] En étudiant les différentes tentatives théoriques et/ou pratiques de conciliation de la *common law* et du droit civil de par le monde, on en vient à un constat clair : il existe effectivement des différences entre ces deux principaux systèmes juridiques⁶¹¹ mais des rapprochements sont possibles. Sous ce rapport, il est évident que nous ne comptons pas revenir sur les études antérieures⁶¹² ayant démontré l'origine historiquement commune des deux traditions juridiques. De ces temps immémoriaux, il ne reste que des vestiges historiques, importants⁶¹³ certes mais pas décisifs. Notre analyse des divergences supposées des deux traditions sera plus actuelle et portera sur des institutions spécifiques présentées à tort, comme propres à chaque système en même temps qu'elle recherchera en général les axes et domaines de cette convergence.

⁶⁰⁹ La métaphore des deux mères fait référence aux deux racines qui naquirent au Nord de la France et donnèrent vie à deux familles de droit. Premièrement le groupe orléano-parisien ayant conduit au droit civil français actuel et deuxièmement le groupe normand qui aboutit au *common law*. Chacune a bien entendu évolué dans le temps sur le plan des principales caractéristiques. V. Dario D. BOCCARA, *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law. Théorie générale d'une convergence asymptotique*. Thèse de doctorat, Lyon 3, tome 1, p. 53. L'auteur consacre plus d'une vingtaine de pages (pp. 53-73) à démontrer historiquement l'origine commune des deux principales traditions juridiques objet de notre thèse.

⁶¹⁰ Dario D. BOCCARA, *Id.*, p. 34, dernier paragraphe.

⁶¹¹ Pour une définition de la notion et une caractérisation des principaux systèmes juridiques qualifiés de « grandes familles de droit », Voir Roland SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2000.

⁶¹² Richard O'SULLIVAN, « Les origines chrétiennes du « common law » anglais », *Les cahiers du droit*, n° 33, *Droit écrit. Common law. Droit coutumier*, Nov-Déc. 1954, pp. 3 - 12.

⁶¹³ En témoigne toute la première partie de la thèse de Dario BOCCARA, *ibid.*, spéc. pp. 53 - 73.

[236] Ces différences tiennent en majorité à des méthodes et modes de raisonnement présentés comme foncièrement différents⁶¹⁴. Ces obstacles systémiques sont propres à tous les endroits où se retrouvent *common law* et droit civil. Ils ne dépendent pas directement du contexte dans lequel sont appelés à cohabiter, *common law* et droit civil. Une se distingue du terme « système juridique »⁶¹⁵. La tradition juridique transcende les systèmes de droit positif national qui en sont l'incarnation⁶¹⁶. Patrick Glenn définit la tradition juridique comme un ensemble composé des « normes, des interprétations et des représentations symboliques, transmises dans un contexte social particulier et elles-mêmes susceptibles d'évoluer »⁶¹⁷. Le droit civil est souvent appréhendé comme un droit qui trouve son inspiration fondamentale en droit romain mais on oublie souvent de préciser qu'il a aussi des règles d'origine canonique et coutumière. Ce qui caractérise le droit civil, c'est ce que certains auteurs ont appelé son « style »⁶¹⁸. Un style qui pour la doctrine serait essentiellement basé sur une méthode déductive, empreinte d'un haut degré d'abstraction et de généralisation. Le droit civil s'opposerait ainsi à l'empirisme du *common law* par son

⁶¹⁴ Pour une étude sociologique de la pratique des deux systèmes tendant à démontrer le contraire, V. René H. MANCKIEWICZ, « Le rôle de la jurisprudence et l'attitude du juge en pays de *common law* et en pays de droit écrit », *Les cahiers du droit*, n° 33, *Droit écrit. Common law. Droit coutumier*, Nov-Déc. 1954, pp. 13 - 44, spéc. p. 37.

⁶¹⁵ Il faut préciser que nous ne faisons pas notre, les analyses d'une partie de la doctrine faisant une distinction entre système juridique et ordre juridique. Si à l'origine, la distinction pouvait révéler une utilité certaine, cette dernière disparaît de plus en plus. Pour nous, les systèmes juridiques ne font que concrétiser les caractéristiques des ordres juridiques dont ils sont bien souvent une combinaison.

A contrario, V. Marie-Anne Frison-Roche, Le droit, source et forme de régulation mondiale, Contribution I au débat sur la Gouvernance mondiale aux pages 316 et s. du rapport de synthèse du Conseil d'Analyse Économique, disponible sur <http://www.pisani-ferry.net/base/re02-gouvernance-contributions>, consulté le 12 mai 2013.

Toutefois nous sommes en parfait accord avec cette auteure lorsqu'elle précise que le droit se distingue des systèmes juridiques, V. art précité, page 315.

⁶¹⁶ Duncan FAIRGRIEVE et Horatia MUIR WATT, *Common law et tradition civiliste: convergence ou concurrence*, Paris, PUF, Coll. Droit et justice, 2006, p. 9.

⁶¹⁷ Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000.

⁶¹⁸ L'expression est empruntée à Marie-Claude Gervais et Marie-France Seguin in *Le bijuridisme au Canada : quelques considérations*, id.

caractère rationnel. Ce dernier se distinguerait ainsi par sa méthode et son type de raisonnement inductif qui consiste à partir de précédents en observant les analogies.

[237] Mais en réalité, le droit civil et le *common law* sont-ils aussi dissemblables qu'on les présente dans la doctrine comparatiste? Le droit anglais par exemple se distingue beaucoup du droit américain, alors que tous deux forment des variantes de *common law*. Le droit anglais reconnaît principalement l'existence de deux sources formelles que les juristes continentaux ont toujours réduit à une. Il s'agit évidemment de la jurisprudence (case law⁶¹⁹), à laquelle on ajouterait la loi (statute law). Certains auteurs⁶²⁰ affirment ainsi que bon nombre des dissemblances soulignées sont plus apparentes que réelles et ils n'ont pas tort. Comparaison n'est pas raison⁶²¹ et pour preuve, la comparaison des traditions de droit civil et de *common law* par les auteurs a souvent conduit à une focalisation déraisonnée sur des caractéristiques qui étaient exagérées⁶²². À ce propos le professeur GONIDEC affirmait :

« On ne peut cependant s'en tenir à l'histoire et aux différences de tempérament national. Nous ne sommes plus au temps de la conquête normande ou de Montesquieu. En fait, il s'est produit un rapprochement entre la conception romano-germanique et la conception en vigueur dans les pays de Common law, de sorte que les différences ne sont pas aussi considérables qu'on veut bien le dire. »⁶²³.

⁶¹⁹ Ensemble des règles qui se dégagent des décisions rendues par les juridictions. V. DEAK, F., « The Place of the Case in the Common and the Civil Law », T.L.R., 1934, p. 340.

⁶²⁰ J. A. CLARENCE SMITH et Jean KERBY, *Le droit privé au Canada*, Études comparatives, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1987, page 12 et s.

⁶²¹ Proverbe français du XIII^{ème} siècle.

⁶²² V. René DAVID, « Le droit continental, la *common law*, et les perspectives d'un *jus commune* européen », in CAPPELLETTI (ed), *New perspectives for a Common law of Europe*, Leyden, London, Boston : Sijthoff, 1978, p. 115. Très peu d'auteurs ont tenté de rapprocher les deux systèmes. Le Doyen BOCCARA (thèse précitée, p. 34) mentionne en France certaines études anciennes dont celle d' Y. GAUDEMET, *Droit romain*, in *Encyclopédie universitaire*, Paris, 1972, t. XIV, p. 313 et s.

⁶²³ P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolutions et sources*, L.G.D.J., tome 2, 1976, p. 192.

[238] Isabelle Rorive⁶²⁴ rend également bien compte de cette caricature, œuvre de la doctrine comparatiste, qu'il faille présenter préalablement à une réfutation de cette tendance.

« La différence d'attitude entre pays de droit civil et de common law a donc souvent été caractérisée en termes d'opposition : logique versus expérience, concepts versus faits, raisonnement déductif versus argumentation inductive, approche systématique versus esprit casuistique, pensée tendant à l'abstraction versus démarche pragmatique, représentation du droit comme une science versus conception du droit comme un art. Le juriste de droit continental est présenté comme un passionné de conceptualisme tentant sans relâche de rationaliser le droit en le catégorisant et en définissant les grands principes qui le gouvernent. L'activité du juge de ces pays consisterait exclusivement à appliquer des règles générales promulguées par voie législative aux circonstances particulières de l'affaire à trancher. La décision judiciaire, ainsi déduite d'une norme prédéterminée serait sans incidence sur les litiges futurs. Contrairement à son homologue continental, le magistrat anglais s'attacherait plutôt à l'expérience de ses prédécesseurs qu'aux exposés théoriques des académiques. Il procéderait du particulier au général en induisant la règle juridique applicable des précédents pertinents. Ces derniers seraient ainsi la source du droit par excellence. ».

[239] Pour remplacer cette caricature, nous tenterons de démontrer d'abord qu'il n'existe pas d'effective concurrence entre ces deux traditions juridiques principales. Au contraire, c'est de convergence qu'il s'agit (**Paragraphe 1**). Nous prendrons ensuite l'exemple de principes clé du *common law* (précédent, *overruling*, etc.) et du droit civil (revirement de jurisprudence, mimétisme juridique⁶²⁵ et judiciaire, etc.) pour montrer l'effectivité de cette convergence (**Paragraphe 2**).

⁶²⁴ Isabelle RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 77 et 78.

⁶²⁵ Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : Le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Recueil Penant*, 2003, n° 842, p. 88 et 89.

Paragraphe 1 : Une convergence théorique facilitée par la fausse concurrence des traditions juridiques

[240] Il faut commencer en se posant la question de l'existence réelle de la concurrence des systèmes juridiques⁶²⁶ de façon générale et en matière contractuelle plus spécifiquement. Une fois que les clarifications qui s'imposent auront été apportées, on verra alors à faire ressortir les facteurs et domaines de convergence des deux traditions juridiques que sont le *common law* et le droit civil.

A- La fausse concurrence des traditions juridiques en Afrique

[241] La question de l'existence d'une concurrence des traditions juridiques en Afrique mérite à plusieurs égards d'être posée puisque le droit d'inspiration civiliste ou de *common law* n'est pas celui originel qui régissait les sociétés africaines. La question longuement débattue de la concurrence des systèmes juridiques existe-t-elle et se pose-t-elle dans les mêmes termes en Afrique comme partout ailleurs? Assurément non!

[242] Depuis l'origine il a toujours existé des perceptions⁶²⁷ de différences entre les deux traditions juridiques. Quand on remonte déjà en 1803, on peut trouver l'une des premières références jurisprudentielles qui a permis de forcer les traits de la distinction entre les deux traditions juridiques majeures. En effet, c'est du célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Marbury c. Madison*⁶²⁸, que la distinction procédurale fut mise de l'avant entre

⁶²⁶ Horatia MUIR-WATT, « La concurrence entre systèmes juridiques », *La lettre de prospective*, 24 mai 2004

⁶²⁷ Sur ces perceptions, V. KHAN-FREUND, "Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation", dans Mario CAPPELETTI (Dir.), *New perspectives for a common law of Europe*, Florence, 1978, p. 158.

⁶²⁸ Arrêt majeur de la Cour suprême des États-Unis (Référence arrêt 5 U.S. 137) rendu le 24 février 1803. C'est le plus important arrêt rendu par la Cour, non pour l'importance de l'affaire jugée mais au regard des principes qu'il permet d'établir. Principalement, la cour affirme la capacité, pour les tribunaux et en particulier pour elle-même, de juger de la conformité des lois à la Constitution et d'écarter, en ne les

les deux systèmes. Cet arrêt reconnaissait en filigrane que dans le *common law*, les faits et la procédure sont plus importants que la règle de fond théorique. C'est donc le juge ici qui créera le droit en respectant scrupuleusement la procédure tracée alors que là-bas il sera un applicateur de la règle générale et abstraite qui proviendrait exclusivement du législateur. De là à notre avis part la distinction fondamentale entre le droit appliqué par le juge de la tradition civiliste qui s'oppose au droit créé par le juge du *common law*, quoique cette différence ait été surévaluée épistémologiquement⁶²⁹.

[243] Sous l'angle de l'analyse économique du droit -ou plutôt de l'économie des systèmes juridiques⁶³⁰-, comment peut-on alors expliquer que les deux traditions juridiques en soient arrivées à être présentées comme systématiquement concurrentes de nos jours⁶³¹. Il semblerait que la dérive provient de la tentative de la doctrine économiste de cerner les causes et conséquences du succès de certains États dans la compétition économique internationale. On a commencé à intégrer les soucis de performance juridique au sein de l'entreprise⁶³². Puis on a souligné l'importance de la prise en compte de l'économie par le droit⁶³³. Ensuite, le droit et les institutions sont devenus des facteurs et caractéristiques de

appliquant pas, celles qui y contreviendraient. Ce principe donne à la cour son pouvoir le plus important, et fait d'elle la première Cour constitutionnelle de l'Histoire. Source www.wikipedia.org, consulté le 11 décembre 2012. En substance le juge en chef de la Cour suprême américaine y a établi l'importance de la norme juridique et posé définitivement la compétence et le devoir absolu de tout juge, quel que soit son rang dans la hiérarchie judiciaire, d'apprécier et de faire prévaloir la norme supérieure sur la norme inférieure : en l'occurrence, si la Constitution est la norme suprême dans l'État, c'est à elle que les juges doivent se référer et refuser d'appliquer une loi qui lui est contraire.

⁶²⁹ Pierre LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, p. 79 et s.

⁶³⁰ Bruno DEFFAINS (Dir.), *Économie des systèmes juridiques*, dans *Revue économique*, Vol 58, n° 6, nov. 2007, Presses de Sciences Po.

⁶³¹ V. Christophe COLLARD et Christophe ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 42 et 43. Les auteurs attribuent le phénomène à une généralisation du modèle compétitif, une banalité qui s'est déportée de la sphère individuelle à celle de l'entreprise puis des États et enfin des systèmes juridiques.

⁶³² Christophe COLLARD et Christophe ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris, L.G.D.J., 2010, 304 pp.

⁶³³ Pour une historique V. Olivier Deschamps, « Brefs repères sur la prise en compte de l'économie par le droit », dans Sylvain BOLLÉE, Yves-Marie LAITHIER et Cécile PÉRÈS (Dir.), *L'efficacité économique en droit*, *Économica*, Coll. Études juridiques, p. 23 et s.

premier ordre⁶³⁴ des systèmes juridiques dans le cadre de la compétition internationale mais pas de la concurrence des systèmes juridiques. L'analyse des systèmes juridiques mit ainsi en lumière la rationalité des règles juridiques dans l'expansion économique. Le droit économiquement efficace⁶³⁵ devenait un facteur de fixation de l'expansion économique. De droit qui devait être efficient à un processus juridique puis judiciaire économiquement efficace, le pas fut vite franchi par certains auteurs⁶³⁶. On est ensuite passé d'un processus juridique puis judiciaire à un système juridique au complet, qui se devait d'être compétitif par rapport aux autres. En un mot, il s'est opéré une transposition des constats de la concurrence économique des marchés de biens et services à une concurrence juridique⁶³⁷. Sous ces détails, on comprend mieux comment on a abouti à cette fameuse concurrence théorique des systèmes juridiques, sortie de l'imaginaire académique de théoriciens d'économétrie. Si notre opinion était prépondérante, alors on ne devrait considérer cette réalité que comme une façon comme tant d'autres d'appréhender et de rendre compte de l'inéluctable compétition internationale sur les marchés qui prend pour assise majeure les principaux systèmes juridiques mondiaux que l'on a tôt fait d'opposer.

⁶³⁴ De façon plus précise il s'agissait de l'importance des institutions, « en particulier la définition des droits de propriété et la reconnaissance de l'état de droit. Voir D. RODRICK, SUBRAMANIAN A. et TREBBI F., « Institutions Rule : The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development », *Journal of Economic Growth*, 2003 cité par Bruno DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des *systèmes juridiques* », dans Bruno DEFFAINS (Dir.), *Économie des systèmes juridiques*, *Revue économique*, Vol 58, n° 6, nov. 2007, Presses de Sciences Po, p. 1149.

⁶³⁵ Pour une analyse des critères d'efficacité économique du droit de la concurrence comme exemple de règle de droit, V. Anne PERROT, « Les critères d'appréciation de l'efficacité économique de la règle de droit », dans Sylvain BOLLÉE, Yves-Marie LAITHIER et Cécile PÉRÈS (Dir.), *L'efficacité économique en droit*, *Économica*, Coll. Études juridiques, p. 41 et s.

⁶³⁶ Bruno DEFFAINS, Dominique DEMOUGIN et Claude FLUET, « Économie des procédures judiciaires », dans Bruno DEFFAINS (Dir.), *Économie des systèmes juridiques*, *Revue économique*, Vol 58, n° 6, nov. 2007, Presses de Sciences Po, p. 1265 et s. les auteurs accentuent leurs analyses sur le rôles des juges dans les deux systèmes juridiques principaux notamment. Voir spéc. p. 1270 et s.

⁶³⁷ Sophie HARNAY et Jean-Sylvestre BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen? », R.I.D.E., pp. 165-192, spéc. p. 166 et 167; disponible sur www.cairn.info/article-p.php?RIDE_252_0165, consulté le 11 novembre 2012.

[244] Nous avons à l'esprit, l'approche du professeur Otto Pfersmann qui s'interroge aussi quant à l'existence véritable d'une concurrence des systèmes juridiques⁶³⁸. Il se borne premièrement à constater l'influence de l'analyse économique du droit dans la sphère juridique. Ensuite, il admet que le droit fait partie intégrante des contraintes que doivent surpasser les acteurs dans une transaction. Il fait ensuite remarquer que « l'expression concurrence des systèmes juridiques vise ainsi l'extension des possibilités des choix de règles et leur développement, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique »⁶³⁹. Ramenée à l'échelle de la construction juridique, la question de la « concurrence » des systèmes juridiques est inexistante et pour preuve!

« Le problème de la concurrence des systèmes juridiques se poserait justement parce que les systèmes ne seraient plus cloisonnés, comme les présenterait au contraire une conception traditionnelle. Cette objection repose sur un double malentendu. Premièrement, les systèmes ou ordres juridiques ne sont pas des données naturelles mais des constructions intellectuelles par lesquelles des ensembles d'énoncés prescriptifs sont constitués comme objectivement normatifs pour les besoins de l'analyse. Peu importe la norme (ou l'ensemble des normes) qui nous intéresse, elle n'a d'existence à titre de norme que si nous pouvons en retracer la validité dans le cadre d'un système dont nous supposons l'existence. Si, dès lors nous supposons l'existence d'un système, il ne peut entretenir de rapport avec un autre système du même genre que s'il s'agit à nouveau d'une relation normative, en d'autres termes si l'un des systèmes est considéré comme un sous-système de l'autre »⁶⁴⁰.

[245] Tout ce qui précède pour dire que les systèmes juridiques comme les traditions juridiques sont des constructions intellectuelles et par conséquent les concurrences qui en découleraient ne seraient que simple vue de l'esprit car construites toutes à partir d'une fiction juridique⁶⁴¹.

⁶³⁸ Otto PFERSMANN, « Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques? », Propos introductifs à l'ouvrage dirigé par Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 23 et s.

⁶³⁹ Otto PFERSMANN, *id.*, p. 25.

⁶⁴⁰ Otto PFERSMANN, *Id.*, p. 26, note 6.

⁶⁴¹ Celle qui considère les systèmes juridiques, lois nationales et jugements étatiques comme assimilables à de simples biens ou services que le justiciable, consommateur, voyageur [...] pourrait choisir à sa guise en

[246] L'incongruité est encore plus flagrante lorsque sur des données économétriques très critiquables, des groupes de chercheurs concluent à la supériorité de la *common law* sur le droit civil. L'hypothèse avait déjà connu une validation relative par Ugo Mattei qui donnait au *common law* un statut impérial⁶⁴² opposable au statut de "vassal" du droit civil. On y verra aisément la construction rhétorique de théories basées sur des perceptions : ce fut le cas pour de nombreuses différences présentées au sujet des deux traditions juridiques. Pour ce qui est du particularisme africain, les développements précédents relatifs à la nature plurijuridique de l'OHADA⁶⁴³ et la coexistence des différents systèmes juridiques permettent également de relativiser cette concurrence énoncée à grands renforts d'écrits mais que contredit en Afrique cette coexistence.

[247] En définitive, on se rend aisément compte que dans le contexte africain, la distinction si tant clamée par certains⁶⁴⁴ n'est que le fruit d'une imagination doctrinale. C'est comme le disait une auteure, une « fausse bonne idée »⁶⁴⁵. L'école italienne a de tout temps soutenu qu'il n'y a plus une fermeture hermétique entre *common law* et *civil law*⁶⁴⁶. La thèse stricte de la concurrence exclusive des systèmes juridiques n'est donc pas

fonction d'une théorie de marché avec des coûts et autres facteurs aléatoires... Voir Sophie HARNAY et Jean-Sylvestre BERGÉ, *op. cit.*, p. 172.

⁶⁴² Ugo MATTEI, « A Theory of Imperial Law : A Study on US Hegemony and the Latin Resistance », *Ind. Journal Global and Legal Studies*, Vol 10, 2003, pp. 383. On pourra aussi consulter utilement les *Archives de philosophie du droit*, n° 45, 2001 consacré spécifiquement à *L'américanisation du droit*. De nombreux auteurs ont notamment dépeint le glissement de la supériorité prétendue du *common law* au « prestige du droit américain » (Horatia MUIR-WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », dans *Archives de philosophie du droit*, n° 45, 2001, précité.). Cette fâcheuse tendance s'explique par l'assimilation du *common law* au droit américain ce qui est extrêmement réducteur et lacunaire.

⁶⁴³ Voir Partie 1/ Titre 2/ Chapitre 1/ Section 1 / paragraphe 1.

⁶⁴⁴ Pierre LEGRAND, *op. cit.*, p. 161.

⁶⁴⁵ Voir Marie-Claire PONTTHOREAU, « La concurrence entre *common law* et droit civil. Existe-t-il vraiment une concurrence entre *common law* et tradition civiliste? Le point de vue du comparatiste de droit public », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 45.

⁶⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milan, Giuffrè, 2ième, 1998, pp. 376; cité par M.-C. PONTTHOREAU, *id.*, p. 45 avec les développements subséquents.

applicable au contexte africain qui permet d'expliquer la convergence des traditions juridiques dans l'OHADA.

B- Les facteurs de convergence des deux traditions juridiques

[248] Il est de bon ton de rappeler que le tome deux de l'étude magistrale du professeur Boccara fait le tour de la question mais sous un angle particulier sur lequel nous n'insisterons pas outre mesure⁶⁴⁷. Cette optique difficile à saisir d'antan mais effective, est aujourd'hui une vérité d'évangile. Elle teintera nos propos sans pour autant faire l'objet d'un retour approfondi. En effet, Dario Boccara a longuement insisté sur ce facteur de convergence qui est le rôle croissant de la jurisprudence et du droit écrit dans chacun des deux systèmes⁶⁴⁸.

[249] De même, il ne servirait à rien d'élaborer longuement au sujet du phénomène de mondialisation de la politique, de la culture, du droit et de l'économie⁶⁴⁹, comme facteurs de convergence des principales traditions juridiques du Monde. Il nous semble plus pertinent de nous attarder spécifiquement sur l'influence des modèles internationaux d'harmonisation et d'uniformisation qui forment l'armature du droit du commerce international contemporain. En ce sens, les Principes UNIDROIT et les Principes de droit

⁶⁴⁷ D. BOCCARA, *op. cit.*, tome 2.

⁶⁴⁸ L'auteur resitue la jurisprudence en considérant ses ascendances dans la hiérarchie des sources et son ascension en droit continental. Il présente ensuite les tendances symétriques du droit écrit dans les systèmes de *common law* et latino-germanique. Il prouve que sous l'angle de la théorie juridique dans les ordres romano-germaniques, le droit jurisprudentiel monte en puissance alors qu'en *common law*, c'est le droit écrit qui croit. Ces mouvements constatés et bien démontrés par M. BOCCARA, posent les premiers termes de la convergence inter-systèmes que nous mentionnons. Nous ne reviendrons donc pas sur les détails des premiers termes de cette convergence. Confère, D. BOCCARA, *op. cit.*, tome 2, p. 210 pour un sommaire de l'argumentaire.

⁶⁴⁹ V. HELD, David, Anthony MCGREY, David GOLDBLATT et Jonathan PERRATON, *Global transformations: Politics, economics and culture*, Cambridge, 1999, Polity Press, cité par MENSKI Werner, *The legal systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p. 3. Note 2. Les auteurs y distinguent trois grands courants: *les hyperglobalistes qui prônent la fin du pouvoir étatique et la réelle convergence ; *les sceptiques qui prédisent au contraire que la mondialisation renforcera le pouvoir étatique ; *les transformationnistes qui retiennent un changement futur imprédictible accompagné d'un rôle continu des États. La première approche de ces quatre auteurs est celle qui satisfait la thèse de la convergence que nous avançons.

européen du contrat⁶⁵⁰ semblent avoir entraîné un effet de convergence quant aux normes édictées à l'interne comme à l'échelle internationale⁶⁵¹.

[250] L'interprétation jurisprudentielle des contrats est l'un des domaines où les différences de systèmes semblaient être très prononcées. On y constate néanmoins une convergence significative des deux traditions juridiques. En effet, on oppose souvent l'interprétation objective de la *common law* et celle subjective des pays civilistes⁶⁵². Comme le démontre si bien Bénédicte Fauvarque Cosson⁶⁵³, le droit des contrats est substantiellement différent selon les traditions juridiques. En France, contrairement au fameux article 5 du Code civil français⁶⁵⁴, le juge a de nombreux principes d'interprétation à sa disposition sous forme de simples recommandations⁶⁵⁵. En Allemagne et en Suisse, ces règles sont plus structurées sous forme de principes cardinaux à suivre⁶⁵⁶. Le juge

⁶⁵⁰ Michael J. BONELL, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the same Purpose? », RDU 1996, N° 2, p. 229 et s. ; Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Les instruments de l'harmonisation du droit (Commission LANDO et UNIDROIT) », dans *Mélanges Guy HORSMANS*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 559 et s. ; Des articles de comparaison des deux instruments sont aussi disponibles sur www.cisg.law.edu, consulté le 19 décembre 2011.

⁶⁵¹ Des exemples d'inspiration de législations nationales à partir des Principes se retrouvent en Russie (K. RAZUMOV, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT : pratique contractuelle commerciale russe, dans *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts : A New Lex Mercatoria?* ICC Publications n° 490/1, 1995, p. 95 et s.), en Chine (Guy LEFEBVRE et J. JIAO, « Les Principes d'UNIDROIT et le droit chinois : convergence et dissonance », RJT 2002, p. 519; Y. ZHANG et D. YUANG, « The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Contracts : a brief comparison, RDU 2000, n° 2, p. 217 et s. »), en Israël (A. Mordechai RABELLO et P. LERNER, « The UNIDROIT Principles of International Contracts and Israeli Contract Law », RDU 2003, p. 601 et s.), en Lituanie, au Québec (Paul-Andre CREPEAU with the collaboration of Elise CHARPENTIER, *The UNIDROIT principles and the Civil Code of Québec : shared values?*, 1998, Scarborough, Ont., Carswell, 1998 ; Louise ROLLAND, « Les Principes UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations », RJT 2002, p. 582 et s.), au Vietnam (L. NET, « Rules of interpretation of contracts under the UNIDROIT Principles and their possible adoption in Vietnamese law », RDU 2002, n° 4, p. 1017 et s. ; M. H. NGUYEN, « Les Principes UNIDROIT : jurisprudence et expérience pour le Vietnam », RDAI 2005, N° 5, p. 619), etc.

⁶⁵² Voir H de KOTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law*, vol 1, chapitre 7, p. 106 et s.

⁶⁵³ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC 2007-2, p. 481 et s., spéc. p. 487.

⁶⁵⁴ Article qui dans sa lettre proscriit clairement au juge français « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. ».

⁶⁵⁵ C'est le cas de la France avec les articles 1156 et 1164 du Code civil français par exemple.

⁶⁵⁶ C'est le cas dans les articles 133 (qui dicte exactement ce que doit faire le juge allemand quant sort des enfants après le divorce) et 157 du BGB allemand de même que l'art. 173 du Code civil suisse par exemple.

britannique quant à lui reçoit plus de liberté dans son travail d'interprétation mais ce dernier doit être issu d'un long et personnel processus méticuleusement argumenté sur le cas. De cette casuistique ne découle aucune énonciation législative mais les précédents ainsi dégagés individuellement s'imposent aux juges postérieurs⁶⁵⁷. Toutes ces traditions juridiques recherchent une même chose qui est rendre la justice de façon sécuritaire et simple. Seuls les moyens utilisés sont différents mais le but ultime est le même d'où l'amorce d'une convergence.

[251] Cette amorce se précise en matière législative avec l'introduction dans l'ordre juridique de nombreux pays de *common law* de déclarations codifiées des droits. Le Royaume-Uni a ainsi adopté et introduit en droit anglais⁶⁵⁸, la Convention européenne des droits de l'Homme en 1998 par un *Human Rights Act*⁶⁵⁹ plus d'inspiration civiliste que *common law*. La Nouvelle-Zélande⁶⁶⁰ également a tant bien que mal réussi à combiner la codification constitutionnelle des droits de l'Homme avec le *common law* britannique qui la caractérise.

[252] L'accélération de la convergence est soutenue par l'analyse du professeur Hugh Beales⁶⁶¹ qui à propos de l'avant-projet Catala⁶⁶², relève des convergences significatives

⁶⁵⁷ Tout comme les recommandations faites par le juge français et les principes cardinaux énoncés par les juges allemand et suisse.

⁶⁵⁸ J. BEASTON, « Le Royaume-Uni et la nouvelle déclaration des droits », R.F.D.C., 48, 2001, pp. 687, cité par Marie-Claire PONTTHOREAU, « La concurrence entre *common law* et droit civil. Existe-t-il vraiment une concurrence entre *common law* et tradition civiliste? Le point de vue du comparatiste de droit public », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 38.

⁶⁵⁹ Déjà, après la publication de la Citizen Charter en 1991, J. Mc ELDFORNEY soulignait l'approche inhabituelle du gouvernement britannique vu que le texte suggérait « l'existence de droits alors que le droit anglais met traditionnellement l'accent sur les recours ». Tiré de G. MARCOU, « Introduction », in *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, Paris, l'Harmattan, 1995, p. 49, cité par R.F.D.C., 48, 2001, pp. 687, cité par Marie-Claire PONTTHOREAU, *id.*, Aussi, G. SAMUEL, « Existe-t-il une procédure de codification du droit anglais? », *Rev. Fr. Adm. Pub.*, 82, 1997, pp. 208.

⁶⁶⁰ A. BUTLER et G. SCOFFONI, « Le système constitutionnel néo-zélandais et la protection des libertés », R.F.D.C., 37, 1999, pp. 687, cité par Marie-Claire PONTTHOREAU, *id.*

⁶⁶¹ Hugh BEALES, « La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la Law Commission anglaise », R.D.C., 2006, p. 135 et s., spéc. p. 145.

car écrit-il, « la plupart des nouveaux articles conduisent aux mêmes résultats que le droit anglais »⁶⁶³. Il y a une sorte de « contamination des systèmes juridiques » pour paraphraser l'expression de la professeure Hélène Ruiz Fabri⁶⁶⁴.

[253] Dans le même sens, en matière de principe d'interprétation, il y a une convergence de la jurisprudence anglaise avec les principes d'interprétation uniforme. Depuis 1998 avec le célèbre arrêt de la Chambre des Lords rendu par Lord Hoffman dans *Investors Compensation Scheme Ltd. V. West Bromwich Building Society*⁶⁶⁵, les juges sont incités à abandonner l'interprétation littérale qui prévalait pour une interprétation commercialement raisonnable⁶⁶⁶. Lord Hoffman invitait déjà le juge anglais à ne plus se baser uniquement sur le contrat mais aussi sur socle commun des faits⁶⁶⁷ qui entourent le contrat. La décision de Lord Hoffman a été le déclic permettant d'affirmer que la « *parol evidence rule* »⁶⁶⁸ s'interprétait de plus en plus dans le sens de ce qui se pratiquait dans les systèmes de droit civil. La convergence avec la tradition juridique civiliste ou tout au moins les systèmes mixtes uniformes s'est faite aussi au niveau de ce principe d'interprétation jurisprudentielle. Cette convergence fut définitivement consacrée avec la décision de la *Court of appeal* dans l'affaire *Proforce Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.* rendue le 17 février 2006⁶⁶⁹. Cette décision a permis de remarquer le rapprochement progressif du droit anglais et des codifications doctrinales internationales notamment sur la question de la

⁶⁶² Articles 1136 et 1141 de l'Avant-projet Catala.

⁶⁶³ Il cite en exemple les articles 1137, 1138-1, 1138-2- 1139, 1139-1, 1139-2, 1139-3 et 1141 de cet Avant-projet.

⁶⁶⁴ L'auteur clarifie justement dans son article que *l'étude des contaminations disciplinaires peut se comprendre comme concernant certes les interactions entre « systèmes juridiques »* et qu'il s'agit d'ailleurs du premier niveau d'étude. Hélène RUIZ FABRI, « Les contaminations disciplinaires », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *ibid.*, p. 124.

⁶⁶⁵ *Investors Compensation Scheme Ltd. V. West Bromwich Building Society*, 1998, 1 WLR 896.

⁶⁶⁶ Traduction personnelle de « commercially sensible construction ».

⁶⁶⁷ Traduction personnelle de « the matrix of facts ». Tirée de Hugh BEALE, *Ibid.*, p. 167-168.

⁶⁶⁸ Cette règle interdisait en droit anglais de se référer aux documents précontractuels ou post-contractuels pour interpréter le contrat.

⁶⁶⁹ *Proforce Recruit Ltd. v. The Rugby Group Ltd.*, 2006, EWCA Civ. 69.

référence aux « circonstances de la conclusion, y compris aux négociations préliminaires »⁶⁷⁰. En se basant sur la *Chitty on Contracts, paragraphe 12.119.*, Lady Justice Arden fait dans cette décision expressément référence aux Principes d'UNIDROIT. Elle conclut que les juges anglais peuvent se référer aux documents précontractuels comme éléments de preuve pouvant guider l'interprète exactement comme le préconise les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens. Le même mouvement s'est produit avec l'après-contrat et les documents des négociations post-contractuelles⁶⁷¹ qui font l'objet de la même convergence en termes de libre interprétation *ante* et *post* contrat.

[254] En droit pénal et procédure pénale, malgré l'existence de dissemblances⁶⁷² entre les deux traditions juridiques, la doctrine s'accorde sur le fait que les « deux systèmes ont évolué dans une culture judéo-chrétienne et, ces derniers siècles, sous l'influence de la démocratie libérale et du principe de la séparation des pouvoirs gouvernementaux »⁶⁷³, ils se rapprochent. L'une des différences majeures énoncées au sujet des deux traditions en matière de procédure pénale fut par exemple que le *common law* est fondé sur un système oral pendant lequel la culpabilité est déterminée par les témoignages oraux durant le *trial* alors que dans le système civiliste (français), elle l'est par les écrits (procès-verbaux) qui se trouvent dans le dossier. Cette différence n'en est pas une effective car les procès-verbaux écrits dont on parle et qui différencient le droit civil du *common law* oral, sont basés eux-aussi sur les témoignages oraux et les interrogatoires verbaux des victimes, témoins et acteurs de la violation. Les deux systèmes sont donc basés sous cet aspect sur une procédure orale à la base et il s'agit plus d'un point de convergence que d'une différence

⁶⁷⁰ Voir aussi les Principes UNIDROIT et Principes européens du droit des contrats pour un rapprochement de ces points entre les deux traditions juridiques.

⁶⁷¹ Telles qu'issues de l'interprétation de l'article 5.102 b/ des Principes européens.

⁶⁷² Bron McKILLOP, « La procédure pénale en France et dans les pays de common law : les dissemblances », dans Louis VOGEL (Dir.), *Droit GLOBAL Law. Unifier le droit : le rêve impossible?*, Éditions Panthéon Assas, 2001, p. 49 et s.

⁶⁷³ Bron Mc KILLOP, *Id.*, p. 49.

fondamentale. C'est cette démonstration tout à fait appropriée qu'a choisi de faire le professeur John Spencer⁶⁷⁴ face aux nombreuses fausses divergences présentées à propos des deux systèmes.

[255] En droit européen, on ne peut pas ne pas avoir remarqué que depuis l'accession dans l'Union européenne, le 1^{er} janvier 1973 du Royaume uni et de l'Irlande, une révolution s'est mise en branle⁶⁷⁵. Le *common law* de ces deux États a subi substantiellement⁶⁷⁶ et en matière de jurisprudence, un branle-bas historique. Des méthodes d'interprétation nouvelles⁶⁷⁷ en droit interne, mais reconnues comme communautaires sont adoptées. Sur le fond de ces droits de *common law*, les règlements, directives, décisions ou recommandations⁶⁷⁸ modifient l'ordonnement juridique interne et entraînent des adaptations du *common law* au cadre communautaire. Le droit européen a donc été le lieu commun de constater cette convergence des deux systèmes juridiques.

⁶⁷⁴ John SPENCER, « La procédure pénale en France et dans les pays de common law : les ressemblances », dans Louis VOGEL (Dir.), *Droit GLOBAL Law. Unifier le droit : le rêve impossible?*, Éditions Panthéon Assas, 2001, p. 59 et s. L'auteur commence en démontant l'argumentaire de divergence présenté au sujet des deux traditions juridiques. Il continue en ajoutant les points communs de convergence actuels en matière pénale. Qu'il s'agisse du partage des principes d'égalité des citoyens devant la loi pénale ou d'indépendance des tribunaux par rapport au pouvoir exécutif ou encore de la notion de légalité des délits et des peines (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Enfin, il montre les emprunts actuels du *common law* aux droits continentaux et les domaines futurs de convergence entre les deux procédures pénales. Il s'agit selon lui de l'acceptation en droit anglais de l'importance d'une phase préliminaire bien réglementée, surtout pour l'obtention des preuves; l'acceptation en droit anglais du devoir pour les autorités de poursuite de mener les investigations à charge et à décharge pour ne mentionner que ceux-là.

⁶⁷⁵ Du même avis, Xavier LEWIS, « L'Européanisation du *common law* », dans Pierre LEGRAND JR (Dir.), *COMMON LAW d'un siècle à l'autre*, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 279 et s.

⁶⁷⁶ Le droit international privé de ces deux États a subi de profonds changements pour ne parler que de ce domaine là. Des conventions ont été adoptées avec leurs principes fondamentaux et leurs concepts de base ce qui hybride le *common law* de ces pays et concourt à une convergence avec le droit civil.

⁶⁷⁷ On est passé au Royaume Uni et en Irlande de la méthode d'interprétation littérale à celle téléologique que ce soit pour des questions de droit communautaire que des questions qui demeureraient nationales et donc à trancher en principe selon les règles d'interprétation antérieure. V. Xavier LEWIS, *id.*, p. 290 et 291.

⁶⁷⁸ Prévus par l'article 189 du Traité, ils constituent les principales formes de règles que prend le législateur communautaire européen et dont le respect entraîne la convergence en droit communautaire jurisprudentiel et même réglementaire.

[256] Aussi, y-a-t-il comme autre axe et domaine de convergence des deux systèmes la réalité de la pratique de l'estoppel en droit civil français⁶⁷⁹ par exemple. La notion est très utile sous le couvert de la « confiance légitime » dont le professeur Denis Mazeaud démontre amplement la vitalité jurisprudentielle en France⁶⁸⁰. On ne saurait mettre un terme à la démonstration de ce mouvement de convergence avérée du *common law* anglais et du droit civil sans mentionner cette recommandation pragmatique de la *Law Commission* écossaise qui préconisait depuis 1997 dans un de ses rapports⁶⁸¹ que les règles d'interprétation prônées par les Principes UNIDROIT soient systématisées.

[257] Dans le cadre spécifiquement africain, on peut déjà faire observer quelques réalités que la doctrine dans sa présentation des *conflits de traditions juridiques* a tendance à oublier. De tout temps, il est évident que les différences entre traditions juridiques ont toujours été relevées et approfondies par les juristes de droit privé⁶⁸² à l'opposé de ceux de droit public. Les publicistes sont toujours réticents en Angleterre par exemple à reconnaître l'existence de cette distinction poreuse comme d'autres également en droit privé⁶⁸³. A-t-on jamais creusé la question de savoir pourquoi en droit public la différence n'était pas si notoirement relevée, alors que c'est la matière par excellence nationale où les

⁶⁷⁹ Voir Olivier MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Thèse, Lyon, 1990.

⁶⁸⁰ Denis MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », R.I.D.C., 2006, N° 2, p.363 et s.

⁶⁸¹ *Report on Interpretation in Private Law*, Scottish Law Commission, Inédit.

⁶⁸² V. Rodolfo SACCO, « Nature du droit privé », dans A. GAMBARO et A. M. RABELLO (Eds.), *Towards a New European Ius Commune. Essays on European, Italian and Israeli Law* in occasion of 50 years of the E.U. and the State of Israël, 1999, p. 69 et s. L'auteur commence à la page 71 en présentant la thèse de la nécessité de l'universalité de cette distinction même si elle devrait être plus effective sous d'autres cieux. Toutefois, il finit vite à la page 72 en remettant complètement en cause l'existence et la pertinence de la distinction entre droit public et droit privé.

⁶⁸³ C'est le cas de D. OLIVER, « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre », R.I.D.C., 2001, N° 2, p. 336 et s. en droit anglais. On peut citer en droit OHADA un article similaire qui clarifie une distinction chère à la tradition civiliste. DIFFO TCHUNKAM Justine, « La distinction droit civil - droit commercial à l'épreuve du droit OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », Rev. dr. unif. 2009, Vol. XIV, p. 59 et s.

appartenances culturelles et culturelles peuvent être exacerbées et contradictoires? Une auteure⁶⁸⁴ tente une explication en affirmant ce qui suit :

« Or si on s'intéresse aux questions de droit public, il ne semble pas très pertinent de se demander s'il existe, par exemple, un modèle constitutionnel de common law ou bien un modèle de droit continental. [...]. Lorsque l'on cherche à identifier une tradition juridique, cela [implique de dégager des traits signalant l'appartenance d'un droit à une communauté épistémologique donnée, au-delà de sa traduction nationale spécifique]⁶⁸⁵. Or les publicistes, puisqu'ils s'intéressent avant tout au droit de la chose publique, sont plus attentifs aux racines historiques, culturelles et, donc, aux caractéristiques nationales des droits. Ce qui explique très certainement pourquoi l'opposition entre tradition de common law et tradition civiliste ne soit pas aussi prégnante en droit public »

[258] Cette tentative d'explication est contradictoire à notre sens puisque l'attention apportée par le droit public « aux racines historiques culturelles et, donc, aux caractéristiques nationales des droits » devrait conduire à une meilleure différenciation des traditions juridiques auxquelles ces droits nationaux appartiennent et pas le *statu quo* observé en droit public. Ce constat nous pousse à penser que ces différences mineures sont plutôt exacerbées par des juristes comparatistes⁶⁸⁶ un peu confinés à leurs droits nationaux ou traditions juridiques nationales.

[259] La vraie raison de ces différences de systèmes est à rechercher ailleurs si tant est que différence notoire il y a. En réalité, alors que le droit civil a connu une *summa divisio*⁶⁸⁷, le *common law* également⁶⁸⁸ s'est scindé en Droit (*Law*) et *Equity*⁶⁸⁹. Notre

⁶⁸⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, « La concurrence entre *common law* et droit civil. Existe-t-il vraiment une concurrence entre *common law* et tradition civiliste? Le point de vue du comparatiste de droit public », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 36 et 37.

⁶⁸⁵ D. FAIRGRIEVE et Horatia MUIR-WATT, « *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence*, Paris, PUF, Coll. Droit et Justice, 2006, 63 pp.

⁶⁸⁶ Pierre LEGRAND, *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁸⁷ Distinction droit public/droit privé destiné à protéger les particuliers (droit privé) contre l'arbitraire des souverains (droit public). Voir à ce sujet, D. FAIRGRIEVE et Horatia MUIR-WATT, « *Common law et tradition civiliste*, *op. cit.*, p. 38-39.

assurance est que cette distinction fut de longues dates la *summa divisio* du *common law* puisqu'elle avait la même finalité à savoir, la protection du justiciable qui n'était pas à l'origine du *writ*, par l'édiction cette fois ci de règles procédurales strictes⁶⁹⁰ : encore une fois, des moyens différents pour une même finalité.

[260] La doctrine mentionne également le style clair, logique, narratif, descriptif et analytique qui caractérise le *common law* mais que l'on ne retrouve pas ailleurs dans le droit civil. L'opinion étayée des juges qui font œuvre de jurislatureurs⁶⁹¹ donnant l'impression d'être plus près du justiciable, du commerçant contrairement aux juges des droits romano-germaniques qui s'éloignent de ce dernier avec des principes difficilement saisissables mais qui forment toute une armature juridique complexifiant inutilement le système. Ces principes systémiques intouchables par le juge et incompréhensibles du justiciable lui donnent l'impression d'une impartialité de ce dernier même si ce n'est pas le cas. C'est au contraire l'opposé complet dans la *common law*. La règle du précédent judiciaire de *common law* semble tellement originale aussi et pertinente à souhait lorsqu'on

⁶⁸⁸ « Le développement anglais de l'*Equity* et sa fusion ultérieure avec la *Law*, retrace les étapes de l'évolution par lesquelles le droit romain est passé il y a tant de siècles. ». V. DAINOW Joseph, « Le droit civil et la "Common law" : quelques points de comparaison », Série de deux conférences faites à la Faculté de droit de l'Université de Gand, 16 et 23 nov. 1962, Bibliothèque de droit & sciences économiques CUJAS, Université Paris, 1, p. 261.

⁶⁸⁹ Complétant le *Law*, il est l'expression de l'autorité du Roi, juge souverain qui en délégua l'exercice au *Chancellor*. L'*Equity* fut produite ensuite par les *Courts of Chancery* comme corps de règles collatéral et indépendant censé régir les cas difficiles et établir les nouvelles procédures, cité par DAINOW, *Id*.

⁶⁹⁰ Le *common law* était ainsi strict quant à la procédure ce qui pouvait entraîner des iniquités que l'*Equity* venait aplanir un tant soit peu. Le droit anglais procédural et le droit naturel supérieur se complétaient donc pour une meilleure protection du justiciable. C'est le même objectif que visait la distinction droit public/droit privé de la tradition civiliste. Évitez que des principes du souverain inadaptés aux droits subjectifs particuliers ne créent des dommages à ces derniers d'où les règles spécifiques.

⁶⁹¹ Les juges de *common law* sont aussi très peu nombreux ce qui expliquerait aussi l'importance qui découle de la fonction. Les juges de droit civil sont des fonctionnaires anonymes avec un numéro matricule, à l'opposé de leurs homologues de *common law* qui accèdent à cette tâche noble après une carrière de praticien bien remplie. Voir la thèse de Martine VALOIS où des développements comparatifs sont faits à ce propos, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire pour passages pertinents*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2010, disponible en ligne au lien permanent : <http://hdl.handle.net/1866/4372>, consulté le 18 janvier 2013.

se rappelle la question du dialogue des juges qui a fait couler si tant d'encre⁶⁹². Quoiqu'il en soit les deux traditions se rapprochent de plus en plus sur bien des points⁶⁹³. Sous cet angle, nous attirons l'attention sur les conclusions du Doyen Boccara au terme d'une étude historique⁶⁹⁴ de comparaison des deux traditions juridiques. Il retient que « les éléments du Common Law qui fondent les différences majeures avec les droits romano-germanistes

⁶⁹² Voir à ce propos, Marie-Christine PONTTHOREAU, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », dans *L'interprétation constitutionnelle*, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), Acte de la table ronde de l'AIDC, Paris, Dalloz, 2005, pp. 177. Ou encore le Colloque sur le cinquantenaire de la Cour de cassation française en 2008 intitulé, *Le dialogue des juges*, et dont les Actes sont disponibles sur le site www.conseil-constitutionnel.fr, consulté le 18 janvier 2012.

⁶⁹³ Par exemple en France, on devrait observer et accepter *de facto* les nombreuses divergences de jurisprudence vu l'inexistence affirmée de longue date de règle de précédent judiciaire. Mais c'est le phénomène contraire qui s'observe. En effet, il y a de plus en plus une peur bleue des revirements de jurisprudence ce qui nous conduit à penser qu'une fixation des décisions jurisprudentielles capables de servir de précédents est préférée : le sacro-saint principe de sécurité juridique continue de déployer ses effets. Pour preuve divers mécanismes sont mis en œuvre en droit français pour prévenir ou mettre fin aux divergences de jurisprudences. Voir à ce sujet les Actes du Colloque de Saint Étienne organisé par le CERCRID en Octobre 2001 : Pascal ANCEL et Marie-Claire RIVIER (Dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, 373 pp. Les approches historiques (p. 27 et s.), de droit suisse (p. 329 et s.), de droit allemand (p. 323 et s.), et de *common law* (p. 303 et s.) y sont abordées entre autres.

À l'échelle européenne on renverra le lecteur à l'article 30 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui reconnaît l'existence du phénomène et lui associe une solution pragmatique : la saisine de la Grande Chambre qui juge des querelles doctrinales entre les Chambres de la Cour. V. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Les divergences de jurisprudence. La question en droit européen et communautaire », dans Pascal ANCEL et Marie-Claire RIVIER (Dir.), *op. cit.*, spéc. p. 272.

On peut mentionner aussi l'excellent rapprochement réussi en matière de procédure civile par l'American Law Institute (ALI) et UNIDROIT. À ce sujet on lira Frédérique FERRAND, « Les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale, entre concurrence et compromis », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 63 et s., spéc., p. 72.

⁶⁹⁴ L'auteur mentionne historiquement de nombreux points de comparaison dont : a/ Les *forms of action* sont en rapport avec l'ancienne procédure formulaire du droit romain.

b/ La *common law* n'était pas avant les droits nationaux codifiés, l'unique prototype d'un ordre coutumier généralisable à tout un royaume ainsi qu'en atteste le droit commun coutumier français.

c/ La présence de l'*Equity* (qui ne visait qu'une atténuation des effets démesurés du formalisme de *common law*) n'institue aucunement une différence du système anglais puisqu'elle dépend directement de l'optique romano-canonique et qu'elle fut cautionnée par le *common law* classique dont la philosophie était identique à celle de la chrétienté et de l'humanisme.

d/ L'importance de la procédure en *common law* n'était initialement justifiée que pour la protection du défendeur qui n'avait pas pris l'initiative du *writ*. Le formalisme médiéval du *common law* a son équivalent dans la période de l'Exégèse en droit continental.

e/ La pratique du *writ* découle aussi bien des conceptions publicistes de l'instance que de la prérogative royale en matière des voies d'exécution.

f/ La révolte anti-positiviste fut axée dans les deux systèmes sur le naturalisme, etc.

V., pour une paraphrase, Dario BOCCARA, *Op. cit.*, p. 156, spéc. p. 199 et 200.

peuvent se comparer avec ce dont ces derniers s'inspirent ou avec ce qu'ils connaissent directement »⁶⁹⁵.

[261] Nous avons choisi la règle du précédent judiciaire et l'*overruling*⁶⁹⁶ pour démontrer cette effective convergence des deux traditions.

Paragraphe 2 : Une convergence effective démontrée par un usage commun de principes caractéristiques

[262] Il est assurément prétentieux de vouloir rendre compte de la convergence effective⁶⁹⁷ de deux traditions juridiques en se basant uniquement sur l'usage de certains concepts de ces deux systèmes. Qu'il nous soit autorisé cette légèreté incontournable⁶⁹⁸, légitimée entre autres par la démonstration précédente de l'inexistence d'une concurrence telle que décrite par la doctrine majoritaire de même que sur l'existence de domaines majeurs de convergence entre les deux traditions juridiques en question.

[263] Sur la base du fait indéniable⁶⁹⁹ que la règle du précédent obligatoire⁷⁰⁰ a de tout temps été l'élément fondamental de différenciation entre common law et droit civil⁷⁰¹,

⁶⁹⁵ D. BOCCARA, *Op. cit.*, p. 156, spéc. p. 199, dans la conclusion de la première partie de sa thèse.

⁶⁹⁶ Lorsqu'un cas nouveau similaire se distingue quand même d'un précédent, le juge peut particulariser (*distinguish*) le précédent au cas antérieur ou dans des cas extrêmes, « repousser une décision antérieure comme fondée sur une erreur et procéder alors à un revirement de jurisprudence (*overrule*) ... », J. DAINOW, *Op. cit.*, p. 173, spéc. p. 263 et 264.

⁶⁹⁷ Pour une opinion contraire et clairement tranchée, Voir Pierre LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, p. 69 et s.

⁶⁹⁸ La critique pourrait nous reprocher de vouloir répondre à une caricature par une autre. Ce à quoi nous rétorquons qu'on ne peut réussir à saisir tout un système dans une seule vue globale. On ne peut que retenir des pans, des aspects précis de l'un et l'autre et les comparer entre eux.

⁶⁹⁹ Pour une opinion minoritaire contraire et qui s'est affirmée au fil du temps, V. René DAVID, « Le droit continental, la *common law* et les perspectives d'un jus commune européen », *op. cit.*, p. 158.

⁷⁰⁰ Toute décision judiciaire dont l'analogie avec l'affaire dont le juge doit traiter est juridiquement significative et pertinente. Sur la notion et ses contours, V. MACCORMICK D. M. and SUMMERS R.S. (eds.), *Interpretation Precedents : A Comparative Study*, Aldershot : Dartmouth Publishing Co Ltd, Ashgate

nous avons choisi dans un premier temps d'analyser cette doctrine du précédent pour tenter de faire ressortir sa pratique également dans les systèmes civilistes. Nos analyses auraient pu porter sur de nombreux autres composants spécifiques⁷⁰² des deux traditions juridiques mais nous avons choisi les plus significatifs, sur la base du fait que loi et jurisprudence sont les premiers facteurs présentés comme opposant les deux systèmes dans la doctrine majoritaire. *Common law* serait jurisprudence tandis-que droit civil serait loi. En ce sens, la technique de l'*overruling* de la jurisprudence de *common law* sera notre second champ d'analyse en ce sens qu'elle a des similitudes avec la pratique des revirements de jurisprudence commun au droit continental.

A- La pratique trans-systémique de la règle du précédent judiciaire

[264] Dans cette sous-partie - comme celle suivante - nous ne nous sommes pas intéressés aux raisons⁷⁰³ expliquant la constitution des précédents ou la pratique des *overruling* le cas échéant. L'analyse de la règle du précédent en *common law* nous a fait remarquer qu'il en

Publishing Ltd, 1997, p. 323 cité par Isabelle RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 16, note 27.

Sur les différents usages du terme précédent, V., MARSHALL, G., « What is binding in a precedent? », in MACCORMICK D. M. and SUMMERS R.S. (eds), *id.*, cité par Isabelle RORIVE, *id.*

⁷⁰¹ V. sur cette affirmation et sa mise à l'épreuve Basile MARKESINIS, « L'enseignement du droit comparé sous l'éclairage de la jurisprudence », R.R.J., 1985, pp. 866 - 887; J. BELL, « English Law and French Law. - Not so different? », 1995. 48/Part 2. C.L.P. p. 63-101, cité par Isabelle RORIVE, *id.*, p. 3.

⁷⁰² Exemple du *trust*, V. H. Patrick GLENN, « Le trust et le *jus commune* », ou Bernard RUDDEN, « Les biens et le *trust* », in Pierre LEGRAND JR (Dir.), *COMMON LAW d'un siècle à l'autre*, Les Éditions Yvon Blais, 1992, respectivement p. 87 et s. et p. 253 et s. On lira avec intérêt l'article du professeur GLENN qui remet en question le *trust* comme une institution purement « indigène » à la tradition de *common law*, en voyant une partie de ses racines dans le *jus commune* européen.

Exemple de la convergence des motivations de décisions de justice. À ce sujet, V. Neil MacCORMICK, « Le raisonnement juridique en *common law* : la motivation comme justification », in Pierre LEGRAND JR (Dir.), *op. cit.*, p. 309 et s. qui conclut que les différences participent de la « structure de surface » et qu'il existe de profondes similarités entre les méthodes de motivation des décisions de justice des deux traditions juridiques (cas des droits français et anglais) tenant entre autres à une adhésion commune aux postulats de la logique déductive.

⁷⁰³ Stabilité du droit, cohérence, amélioration, sécurité juridique dans le premier cas justifieraient le maintien des précédents judiciaires. Réserves, réticences, changement de la réalité factuelle ou sociale sur une question de droit, *judicial regrets*, *distinguishings* à la chaîne pousseraient aux revirements de jurisprudence dans le second cas.

existe plusieurs catégories. Des précédents à *persuasive effect* que le juge est tenu soit de considérer comme un des éléments pouvant fonder sa décision, soit de l'appliquer à moins qu'il ne fournisse une bonne raison pour s'en écarter. Des précédents à *binding, coercitive or authoritative effect* que le juge ne peut que respecter nonobstant les plus importantes réserves qu'il aurait à leur égard⁷⁰⁴. Mais les règles régissant les précédents en droit anglais⁷⁰⁵ par exemple, sont très denses et complexes. Après leur analyse, il est aisément possible d'écrire à la suite d'autres auteurs qu'il serait « par trop dogmatique d'affirmer que chaque juridiction anglaise⁷⁰⁶ doit respecter les décisions rendues par une juridiction qui prévaut hiérarchiquement et que, hormis la *House of Lords*⁷⁰⁷, les cours qui exercent une juridiction d'appel sont liées par leurs précédents »⁷⁰⁸. Être lié par un précédent revient à être tenu de respecter une proposition antérieure qui, principalement à elle seule, fait le droit sur une question juridique spécifique. Le juge ne saurait donc sur une même question juridique, être lié par les *obiter dicta*⁷⁰⁹ mais le *ratio decidendi*⁷¹⁰, c'est-à-dire la « raison

⁷⁰⁴ Pour des références plus fournies sur les catégories de précédents et les théories développées à propos des précédents, V. Isabelle RORIVE, *Op. cit.*, p. 174, spéc. p. 16, note 29.

⁷⁰⁵ Isabelle RORIVE, *Op. cit.*, pp. 24-29. L'auteur mentionne aussi l'ouvrage de J.W., *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 4th edition, 1991, pp. 166-167.

⁷⁰⁶ Nous baserons l'essentiel de notre argumentaire jurisprudentiel et factuel sur le droit anglais. Ce choix s'explique par les origines du *common law* qui a commencé à s'émanciper en Angleterre de prime abord. Les décisions citées seront ainsi pour la plupart celles de la *House of Lords*, la *Final Court of Appeal* anglaise.

⁷⁰⁷ La *House of Lords* s'est proclamée liée par ses précédents dans *BEAMISHc. BEAMISH* en 1861, 9 H.L. Cas. 273, ainsi que de nombreuses autres décisions ultérieures. Elle est tout de même depuis le *Practice Statement* de 1966 revenue sur sa position et n'est plus strictement liée. Pour les premiers développements, V. Isabelle RORIVE, *Id.*, p. 110-111 et p. 25 pour les seconds.

⁷⁰⁸ I. RORIVE, *id.*, p. 27.

⁷⁰⁹ Traduction: "Thing said by the way", tirée de la thèse d'Isabelle RORIVE, *Id.*, pp. 27-28. Cette auteure mentionne que d'autres auteurs différencieraient même entre le *dictum* ou *judicial dictum* et l'*obiter dictum*. Le premier traiterait d'un problème étroitement lié à la question juridique tranchée par la décision alors que le second serait encore plus périphérique et donc général.

⁷¹⁰ Pour une définition: « The conclusion reached by the judges on the basis of the material facts and the exclusion of the immaterial ones », Françoise GRIVART de KERSTRAT, « Common law et analogie », *Droits prospectifs*, R.R.J., PUF, 1995, Cahiers de méthodologie juridique, Vol. 20, n° 4, p. 1094 citant elle aussi PATON *Jurisprudence*, Clarendon Oxford Press, 1946, p. 159.

de la décision »⁷¹¹. C'est la proposition juridique (règle ou principe) sur laquelle la décision judiciaire est fondée⁷¹².

[265] Le juge est ainsi lié par ce précédent dans le cadre des faits de l'espèce qui seuls sont pertinents. Sous ce rapport, il devient impérieux de rappeler que le *Practice statement* de 1966 a mis en exergue une désacralisation de la rigidité de la règle du précédent obligatoire⁷¹³. Dans la pratique, tout précédent pouvait ainsi être écarté en opérant une distinction⁷¹⁴ (*distinguishing*) entre les faits de l'espèce précédente et les faits actuels qui justifient raisonnablement l'application de règles juridiques différentes. C'est aussi ce que retenait Odile Salvat à travers l'expression plus savante de *cantonement de jurisprudence*⁷¹⁵.

[266] Il a été toujours soutenu et communément admis qu'il n'existait pas officiellement en civil law de reconnaissance du principe du « *judge made law* » tel qu'il est reconnu en common law⁷¹⁶ notamment à travers l'appellation qui est la *rule of precedent*⁷¹⁷. Découlant

⁷¹¹ Traduction personnelle de l'auteur de ces lignes pour « the reason for (or of) deciding », citée par Isabelle RORIVE, *Id.*, p. 154.

⁷¹² Isabelle RORIVE, *id.*,

⁷¹³ Odile SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), p. 360, para 364, émet la même opinion.

⁷¹⁴ V. Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit français et canadien : étude de droit comparé*, Thèse de doctorat, 2001, p. 355 et s., pour une présentation comparée *common law* canadienne/droit français du principe de la distinction. Disponible en ligne sur <http://search.proquest.com/docview/304778710/previewPDF?accountid=12543>, consulté le 19 janvier 2012.

⁷¹⁵ Odile SALVAT, *Op. cit.*, p. 331 et s. L'auteure consacre tout le chapitre 2 de sa seconde partie à cette notion et qualifie le *distinguishing* du common law, de l'« expression la plus élaborée de la méthode consistant à retrancher une partie plus ou moins grande du champ d'extension d'une règle juridique » d'origine jurisprudentielle évidemment. Il est parfois distingué entre un « restrictive distinguishing » et un véritable « *distinguishing* », G. WILLIAMS, *Learning the law*, 9^{ème} éd., 1973, p. 735, cité par O. SALVAT, *id.*, p. 337, note 2.

⁷¹⁶ V. Françoise GRIVART de KERSTRAT, « Common Law et analogie », *Droit prospectif*, RRI, P.U.F., 1995, N° 4, p. 1089 et 1090.

⁷¹⁷ La *rule of precedent* provient à l'origine des juges royaux, institués par le pouvoir monarchique avec pour mission de trancher les conflits menaçant la paix du Roi. Le Roi voulait souvent à propos de ce type d'affaire ôtées aux juridictions communes, imposer une solution qui serait rendue en son nom et qui en tant que telle devait apporter un terme à une querelle dont le Roi ne pouvait accepter qu'elle se perpétue : paraphrase de Françoise GRIVART de KERSTRAT, *Id.* Pour une définition du concept, V. p. 1091.

du *stare decisis*, le précédent n'a jamais été traditionnellement reconnu comme ayant son équivalent en droit civil romain alors qu'il était décrit comme la pierre angulaire⁷¹⁸ du *common law*. La jurisprudence fait toujours appel à des décisions des tribunaux en *common law* alors qu'en droit civil elle peut être sinon qu'elle est souvent le fruit d'un travail de compilation et de veille doctrinale. L'institution garante de la jurisprudence française par exemple, la Cour de cassation, a, à plusieurs reprises, rejeté expressément en théorie le principe du précédent. Elle s'est fondée sur l'argument selon lequel la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée⁷¹⁹. Et pourtant, personne ne contestera qu'en droit civil, « le même texte et les mêmes raisons conduisent au même résultat »⁷²⁰ ; pour dire que les mêmes faits régis par la même loi devront entraîner par respect du syllogisme juridique⁷²¹ du droit civil, la même décision. En droit civil, comme le dit si bien le professeur GONIDEC :

« Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour s'apercevoir que la pratique de citer des précédents judiciaires en justice est très largement utilisée par les plaideurs. [...]. En fait, les juges eux-mêmes citent des précédents dans les motifs du jugement. De même, les conclusions du ministère public ou des commissaires du Gouvernement sont farcies de références à la jurisprudence. »⁷²².

[267] La règle du précédent est une réalité dans les systèmes de droit romano-germanique⁷²³. René David⁷²⁴ le rappelle très bien à propos de la juridiction

⁷¹⁸ Traduction de *cornerstone* par Françoise GRIVART de KERSTRAT, *Id.*, p. 1090, note 3.

⁷¹⁹ Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I., n° 97, p. 65, D. 2000. 593, note C. ATIAS

⁷²⁰ J. DAINOW, *Op. cit.*, p. 173, spéc. p. 265.

⁷²¹ Syllogisme juridique : mécanisme, raisonnement, logique ou principe juridique qui retient une affirmation mineure constitué par les faits et une autre majeure que forme la règle de droit. Le raisonnement syllogistique retient une application de la règle de droit aux faits pour aboutir à une conclusion logique finale.

⁷²² P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolutions et sources*, L.G.D.J., tome 2, 1976, p. 192.

⁷²³ Nous ne pensons pas nous tromper si nous affirmons que c'est ce que le juge de tradition civiliste qualifie de « jurisprudence constante ».

⁷²⁴ R. DAVID., *Le droit français*, t. 1, p. 164, cité par GONIDEC, *Ibid.*, pp. 192 et 193.

suprême française, lorsqu'il écrit que : « Le principe qui peut être posé, c'est que la Cour de cassation suivra le précédent par elle établi, même s'il s'agit d'un arrêt unique par elle rendu en la matière ». Et Georges Ripert⁷²⁵ de renchérir qu'il « suffit, le plus souvent, d'un seul arrêt de la Cour de cassation pour fixer la jurisprudence ». La boucle est bouclée par Fabrice Hourquebie qui va plus loin en affirmant que « le recours au précédent étranger est certainement la manifestation la plus aboutie du dialogue transnational des juges et de l'ouverture (de la porosité diront certains) des systèmes juridiques »⁷²⁶.

[268] En droit OHADA, on a pu noter comment les premières décisions de la CCJA étaient chaque fois attendues par les juges nationaux de tous niveaux pour clarifier la position du législateur sur des questions litigieuses⁷²⁷. Mais aussi et surtout, en tant que troisième degré de juridiction de l'espace africain, la position du juge de la CCJA servait de précédent⁷²⁸ en ce sens que le cœur de la question tranchée (le *ratio decidendi*⁷²⁹) servait pour toutes les décisions futures de la même façon que le *ratio decidendi* de la *House of Lords* étaient utilisés en Angleterre. En droit OHADA comme en droit français d'ailleurs, on ne peut passer sous silence la réalité de l'élaboration des principes généraux issus de la jurisprudence aussi bien des Cours suprêmes et de la Cour de cassation, que des

⁷²⁵ G. RIPERT, « Note sous arrêt Cass. 25 fév. 1957 », cité par GONIDEC, *Ibid.*, p. 193.

⁷²⁶ Fabrice HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères », dans l'ouvrage *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, disponible en ligne via Google Scholar/Hourquebie. Dernière consultation le 08-08-2012.

⁷²⁷ On peut mentionner les questions de supranationalité du Traité de l'OHADA. Exemple des décisions de la CCJA autour de l'article 10 du Traité associé aux articles abrogeant des législations nationales contraires. Voir Avis CCJA n° 002/99/EP du 13 octobre 1999 sur requête du Mali, disponible sur ohada.com, référence ohadata J-02-02; celui en provenance de la Cote d'Ivoire et rendue en date du 30 avril 2001.

⁷²⁸ Une considération similaire s'observait à propos des arrêts des Chambres réunies de la Cour de cassation française qui de l'avis du professeur BOULANGER, étaient entourés d'un plus grand respect que la loi elle-même. V. *Rapport général sur la méthode depuis le Code civil de 1804* au point de vue de l'interprétation judiciaire dans *Travaux de la semaine internationale de Droit*, Dalloz, 1964, pp. 331 et s., cité par GONIDEC, *Ibid.*, pp. 193, note 7.

⁷²⁹ Sur la notion, V. les développements de DEVINAT, *Op. cit.*, p. 283 et s. L'auteur distingue notamment de façon fort instructive une « théorie traditionnelle des *obiter dicta* » qu'il expose et oppose ensuite au constat de la naissance d'une « autorité nouvelle des *obiter dicta* ».

tribunaux et autres cours de rang inférieur. Ces principes généraux jurisprudentiels qui se développent en dehors de toute législation dans les systèmes de droit civil ne sont pas sans rappeler la construction qui fut celle de la *common law*. Pourquoi vouloir coûte que coûte différencier là où les processus sont identiques mais avec des spécifications propres aux réalités sociales de l'espace concerné.

[269] Officiellement, seule l'autorité de chose décidée⁷³⁰ semble accordée aux décisions des cours de cassation française, africaines civilistes et même à la CCJA de l'OHADA. Le paradoxe flagrant que personne ne soulève et qui découle du fait que toutes ces juridictions ne connaissent et ne jugent en principe qu'en droit et pas dans les faits est le suivant. Elles interprètent la norme et leurs décisions s'imposent aux juridictions inférieures comme un principe descendu du ciel, qui dans certains cas est indiscutable⁷³¹. En théorie, les cours inférieures peuvent s'écarter des édictions générales de la Cour de cassation. Mais dans la pratique, ces décisions s'imposeront sur tous les faits actuels et futurs conduisant à une situation de droit similaire ou identique, exactement comme le ferait un précédent de *common law* les faits uniquement. Les juges de droit OHADA, français, allemands ou autres juges civilistes ne s'appuient-ils pas sur une analyse des arguments factuels tirés de décisions antérieures de la Cour de cassation ou des cours suprêmes? Assurément oui! L'inspiration est en l'espèce non seulement factuelle mais aussi purement basée sur des principes juridiques supérieurs. Les cours de cassation et cours suprêmes des pays de tradition civiliste appliquent donc une règle de précédent à portée plus large que la *House of Lords* ou la Cour suprême des États-Unis. Elles posent des principes juridiques qui

⁷³⁰ Voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, Op. cit.*, En droit OHADA, on retient une « autorité de chose jugée » pour toutes les décisions définitives revêtues de la formule exécutoire. L'épuisement de toutes les voies de recours possibles pour une décision non définitive confère également à une décision l'autorité de chose jugée. La « force de chose jugée » est en principe acquise à toute décision de justice sous réserve des voies de recours actionnables. L'autorité de chose jugée est ici assimilable à la chose décidée. Cependant en droit administratif, la chose décidée est différente de celle jugée.

⁷³¹ En France et même en Belgique, après une deuxième cassation, les tribunaux n'ont plus voix au chapitre; ils n'ont plus rien à dire sinon que de se conformer à la position de la Cour de cassation et trancher le litige tel qu'indiqué : c'est plus loin et plus drastique que le précédent!!!

s'imposent aux juridictions inférieures et dont ces dernières ne sauraient s'écarter dès l'instant où les faits quels qu'ils soient, mettent en présence après qualification⁷³², du même problème juridique déjà tranché par la Cour de cassation.

[270] C'est un secret de polichinelle. Dans la réalité, les jurisprudences antérieures jouent un rôle primordial dans la détermination du droit positif des pays civilistes, sur des questions clairement tranchées par elles. C'est ainsi que, comparant en 1942 les jurisprudences anglaise, américaine et continentale dans la revue du barreau canadien⁷³³, M. Friedmann écrit que "*the slavish obedience of Continental judges to codes and their freedom from precedent is largely a myth*". Le législateur se contente souvent de codifier l'état d'avancement de la jurisprudence⁷³⁴ qui juste après l'entrée en vigueur d'une loi vient régler les nombreuses questions restées en suspens⁷³⁵. Ceci explique pourquoi il est de notoriété que les positions de la Cour de cassation servent de boussole à toute la jurisprudence française et soient parfois le prélude à une modification législative.

[271] Le juge de tradition civiliste n'est plus que « la bouche de la loi »⁷³⁶. De nombreux courants doctrinaux⁷³⁷ en ont fait leur axe de démonstration au 19^{ième} siècle. N'oublions pas qu'il est communément admis dans les systèmes continentaux que la répétition⁷³⁸ et la

⁷³² Gérald GOLDSTEIN, « La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 C.c.Q. », dans GUILLEMARD Sylvette (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner. Études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Coll. Centre d'études en droit économique, p. 195 et s.

⁷³³ W. FRIEDMANN, « A Re-Examination of the Relations between English, American and Continental Jurisprudence. A Study of the relations between Social Ideals and Legal Technique », *Can. Bar. Rev.*, 1942, Vol 20, p. 188.

⁷³⁴ Si le juge était la bouche de la loi, c'est la loi qui n'a d'ouïe pour ce que disent les juges à présent.

⁷³⁵ Le faire aurait entraîné une explosion législative déjà qu'en l'état actuel on reproche souvent aux systèmes continentaux, leur propension exagérée à vouloir tout régir par la loi.

⁷³⁶ L'expression est empruntée à Montesquieu à qui elle a été attribuée. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre IX, ch. VI.

⁷³⁷ C'est notamment le cas de l'école de la libre recherche scientifique dont l'une des figures de proue était François GÉNY.

⁷³⁸ Pour une opinion contraire, François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^{ième} éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 249.

constance d'une décision font jurisprudence sur une question de droit : c'est le principe de la « jurisprudence constante »⁷³⁹ qui s'apparente à un précédent⁷⁴⁰. Dans le même sens, seule la constance dans les décisions de la Cour de cassation leur donne une effective autorité quasi-législative. Cette réalité expliquera aussi pourquoi les cours de cassation civilistes ont une réticence à opérer de réels revirements de jurisprudence, confirmant ainsi implicitement l'établissement de précédent judiciaire que la doctrine peine à ainsi qualifier dans les droits romano-germaniques. Il devient du coup plus aisé de faire un parallèle entre la position de la *House of Lords* par rapport à ses propres précédents⁷⁴¹ et celle de la Cour de cassation à l'égard d'éventuels revirements de jurisprudences qu'elle aurait elle-même posés.

[272] Pour une opinion extrême, il nous semble contradictoire au regard de l'idéal de justice - que visent toutes les traditions juridiques - que les systèmes de droit civil aient rejeté le précédent judiciaire. En effet, comment ne va-t-il pas de soi qu'un juge qui tranche une affaire, soit lié par ce qu'il a lui-même institué pour le futur? À condition bien entendu que ce soit pour des faits similaires à la décision qu'il avait prise à moins qu'il soit

⁷³⁹ Philippe JESTAZ, « Sur la jurisprudence constante », dans Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille et la Cour de cassation (Dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, Paris, 1994, p. 207 et 208, cité par Mathieu DEVINAT, *La règle prétorienne en droit français et canadien : étude de droit comparé*, Thèse de doctorat, 2001, p. 3, note 5, Disponible en ligne sur <http://search.proquest.com/docview/304778710/previewPDF?accountid=12543>, dernière consultation le 11 mai 2012.

Aussi les nombreux auteurs cités par Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », dans Études offertes à George RIPERT, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28 à 40, cité par DEVINAT, *Id.*, p. 3 note 4.

⁷⁴⁰ Pour DAINOW, *Op. cit.*, p. 265, elle est l'une des preuves de la pratique du précédent judiciaire en France et en Belgique. Par cette pratique, on attribue un poids particulier à un point de droit qui a été tranché de la même manière à de nombreuses reprises par les cours et tribunaux.

⁷⁴¹ Après s'être déclarée liée par ses propres précédents, la *House of Lords* a quelque peu assoupli sa position. Les juristes de *common law* ont pu s'écarter des décisions de la *House of Lords* à partir de la *Practice Statement (Judicial precedent)* en 1966; 1 W.L.R. 1234. La Cour de cassation française au départ haïssait revirer sa propre jurisprudence. Mais comme nous le verrons dans la sous-partie à suivre la tendance se généralise de plus en plus comme dans le *common law* d'Angleterre.

prouvé qu'il s'était fourvoyé ou encore que la norme sociale⁷⁴² ait évolué à cet égard. Ce n'est que ce principe qui se retrouve appliqué sous différentes formes dans le *common law*. Le droit civil n'a pas pu ne pas l'appliquer⁷⁴³. Il l'a juste intégré et appliqué différemment du *common law*.

[273] En guise d'exemple concret, nous avons le cas de la Colombie, système civiliste à la base qui après de nombreux balbutiements⁷⁴⁴, suite aux nombreuses similitudes et vues les évolutions observées⁷⁴⁵, n'a pas hésité à reconnaître officiellement le besoin de mixage du droit civil avec certaines règles de *common law*. C'est ainsi que les concepts de *common law* tel que le "*good faith, unjust enrichment, abuse of right, objective responsibility, law fraud and the theory of oversight in contract law*" firent leur apparition en droit civil colombien⁷⁴⁶.

[274] En conclusion, il n'a pas été question tout au long de nos analyses de chercher à démontrer que la règle du précédent obligatoire s'applique identiquement en *common law* comme dans les systèmes de droit civiliste. Le droit civil connaît la règle du précédent

⁷⁴² Le standard pour nous étant non pas la loi mais la norme sociale en vigueur. La seule difficulté étant comment le juge détermine cette norme sociale au regard des faits de son espèce. Mais cette difficulté subsiste même si le juge est « la bouche de la loi » car même dans cette occurrence, il doit adapter la norme générale et impersonnelle aux faits et à la pratique sociale. Ce faisant, il n'est plus seulement la « bouche de la loi ».

⁷⁴³ Le droit public et plus précisément le droit constitutionnel fait usage du principe du précédent sans en faire une histoire. Pour un panorama des positions entre les Cours constitutionnelles européennes, africaines et américaine, V. Didier MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, n° 80, p. 675 - 696. Disponible en ligne à l'adresse : www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-4-page-675.htm, dernière consultation le 11 mai 2012. L'auteur cite le recours aux précédents étrangers comme un des « éléments du dialogue » entre ces Cours. Il fait état non seulement de la pertinence des précédents étrangers mais aussi de leur autorité dans l'ordonnancement interne des juridictions nationales qu'elles inspirent, V. pp. 685 - 687 - 690.

⁷⁴⁴ Il y eut surtout des débats entre sceptiques et optimistes autour de la portée de l'article 230 de la Constitution colombienne qui reconnaissait la force obligatoire aux lois alors que la jurisprudence était une source secondaire.

⁷⁴⁵ Le phénomène s'est constaté vers les années 1939 avec ce qui fut appelé les *Gold Court Decisions* de la Cour suprême de Colombie. Voir Carlos BERNAL PULIDO, « Precedent in Colombia », National Report prepared for the Congress of the International Academy of Comparative Law, Utrecht (The Netherlands), July 2006. Disponible sur www.ssrn.com, dernière consultation le 18 décembre 2011.

⁷⁴⁶ F. Tafur MORALES, *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Bogota ; Optima, 2nd Edition, 1939, cité par Carlos BERNAL PULIDO, *Id.*, p. 3, note 6.

mais avec des différences de forme par rapport au *stare decisis* de *common law*. Ensuite, la pratique des précédents obligatoires n'est plus aussi stricte qu'elle l'était en *common law* au départ⁷⁴⁷. Enfin, les traditions civilistes contrairement à l'opinion majoritairement diffusée, se basent aussi sur des précédents judiciaires qu'ils appliquent d'une façon différente de celle du *common law*. Quid alors de l'*overruling*?

B- L'overruling de common law ou l'équivalent d'un revirement de jurisprudence

[275] Il faut souligner au préalable la fausse opinion qui veut que la règle de l'*overruling* n'ait en droit civil aucun pendant réciproque. Il n'y a malheureusement pas eu en droit comparé de nombreuses études sur la question du revirement de jurisprudence. Elle a néanmoins été explorée par quelques auteurs en France⁷⁴⁸. On oublie facilement que le droit civil connaît un principe fortement similaire qui est celui du revirement jurisprudentiel qui prend corps à travers les arrêts de revirement qui, la plupart du temps, passent inaperçus⁷⁴⁹. Le concept de « revirement de jurisprudence », existe sous de

⁷⁴⁷ C'est ainsi que le professeur LAWSON apportait un bémol avec le principe du *distinguishing* en affirmant que "Of course, in the strict sense that a judge is absolutely bound by a previous decision which he knows to be radically wrong in logic, justice and common sense, no Civil Law Judge adhere to the principle. But then even an English judge - and we are much stricter in our adherence to the principle than anyone else - would in such a case distinguish it if he possibly could". V. LAWSON, F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, University of Michigan Law School, 1953, p. 83 in Isabelle RORIVE, *Op. cit.*, p. 174, spec. p. 97.

⁷⁴⁸ Citons, Emmanuel PIWNICA, « À propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », dans *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 296 et s.; P. ANCEL et M.-C. RIVIER (Dir.), *Les divergences de jurisprudence*, PU Saint-Etienne, 2003; N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Économica, 2004, p. 135; G. GÉLINEAU-LARRIVET, « Le rôle des revirements de jurisprudence », dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Économica, 2004, p. 181; *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le premier Président, Guy Canivet*, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, LITEC, 2005; Xavier HENRY, « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : théorie d'une pratique », 1999, 4 R.R.J. 631; MOULY, C., « Le revirement pour l'avenir », J.C.P. 1997. I. 1997, 3776; ou pour une historique relativement récente COLSON., R., « Genèse du revirement de jurisprudence », R.R.J., Vol. 3, 2000, p. 991 et les références en notes ci-après.

⁷⁴⁹ M. DEVINAT, *Op. cit.*, p. 335, note 1362. L'auteur cite Jean-Louis GOUTAL « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and USA », *Am. Jour. of Com. Law* Vol. 24, n° 43, p. 59 qui montre comment les arrêts de revirement sont insidieusement introduits en France par le fait que la Cour de cassation qui en est souvent à l'origine, présente la solution changeante comme si elle n'ajoutait pas un *iota* à la règle déjà existante.

nombreuses déclinaisons en droit continental. Du « renversement de jurisprudence », au « retournement de jurisprudence », en passant par le « changement de jurisprudence », les terminologies se multiplient sans que le concept n'en soit explicitement clarifié. Quoique parfois différentes, ces terminologies revêtent souvent la même finalité. Le point focal à la fois de dissemblance et ressemblance entre ces notions similaires⁷⁵⁰ est qu'il doit s'opérer une opposition claire, une incompatibilité entre une position jurisprudentielle antérieure et une position actuelle ou plus récente sur une question de droit. François Terré précise à ce sujet que pour parler donc de revirement de jurisprudence, il faut « non pas une solution isolée adoptée précédemment [...], mais une position qu'en termes de jurisprudence, sinon constante, du moins suffisamment établie, [la juridiction concernée] a retenue par le passé »⁷⁵¹.

[276] Les revirements de jurisprudence sont un procédé que la doctrine est encore réticente à élucider en droit continental. Leur méconnaissance tient du fait qu'ils passent sous le couvert du sombre silence du juge et ne peuvent être connus que si la doctrine les relève. Or cette dernière part du présupposé biaisé que l'*overruling* ou revirement de jurisprudence est une pratique propre au *common law*. C'est en ce sens que Monsieur Colson affirme qu'« une divergence de jurisprudence, un flottement de jurisprudence et même un revirement de jurisprudence auxquels la doctrine ne s'est pas intéressée n'existent pratiquement pas »⁷⁵². Cette opinion est confortée par le professeur Malaurie lorsqu'il ponctue qu' :

« En réalité, le revirement de jurisprudence est une notion parfois plastique, supposant une prise de conscience ou une volonté. Souvent une différence de solutions, qui n'était peut-être que distinction tenant à des

⁷⁵⁰ Le revirement de jurisprudence est différenciable des notions de « fluctuations de jurisprudence », « divergences de jurisprudence », etc.

⁷⁵¹ François TERRÉ, « Rapport de synthèse » du colloque des 10 et 11 décembre 1993 intitulé *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 247 et s.

⁷⁵² COLSON, *Ibid.*, p. 186.

différences de fait, devient revirement de jurisprudence parce que la doctrine l'a dit; souvent, à l'inverse, ce qui n'était peut-être que revirement de jurisprudence reste sans lendemain parce que la doctrine l'a méconnu. »⁷⁵³.

[277] Ce faisant, allant plus loin que l'opinion de M. Colson, le professeur Malaurie introduit un élément permettant d'affirmer que la pratique existe et est usuelle, seulement qu'elle subit les aléas de l'analyse doctrinale biaisée. La doctrine ne s'y intéressant pas effectivement, la pratique reste donc peu connue et continue d'être présentée comme exceptionnelle⁷⁵⁴ et inusitée en droit civil. On craindrait aussi un certain effet rétroactif⁷⁵⁵ qui pourrait être associée à ces arrêts dit de revirement et dont la notoriété connue pourrait porter atteinte à la stabilité judiciaire et partant la sécurité du droit.

[278] Isabelle Rorive définit le revirement de jurisprudence comme « un changement de droit sous la seule action du juge [qui] met donc son pouvoir créateur particulièrement en exergue »⁷⁵⁶. Un revirement de jurisprudence nécessite implicitement qu'il n'y ait pas eu de modification législative sur le point de droit concerné⁷⁵⁷. C'est selon nous François Ost⁷⁵⁸ qui rend le mieux compte du phénomène. Pour lui,

« Il y a, tout d'abord, les innombrables variétés d'interprétations 'évolutives' (ou 'progressives' ou 'téléologiques') qui, au nom de la nécessaire prise en compte du changement des circonstances et de

⁷⁵³ Ph. MALAURIE, « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXI, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83 et s., spéc. p. 87.

⁷⁵⁴ Pour preuve, le professeur DEVINAT, *Op. cit.*, p. 336, note 1366 cite une étude d'Yves CHARTIER qui recense qu'en 1992 sur 26000 décisions de la Cour de cassation française, il n'y aurait eu que 12 arrêts de revirements.

⁷⁵⁵ V. BONNEAU T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », D. 1995. Chr. 24 et aussi, P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », J.C.P. 1959.I.1467, cité par DEVINAT, *Op. cit.*, p. 336, note 1367.

⁷⁵⁶ Isabelle RORIVE, *Op. cit.*, p. 174, spéc. p. 206.

⁷⁵⁷ Justement parce que le revirement de jurisprudence est comparable à un changement de législation dans ses effets. Mais pour admettre pleinement cela il faut préalablement admettre la force créatrice de droit des précédents judiciaire et donc de la jurisprudence. C'est ce que DEVINAT, *Op. cit.*, p. 336, note 1368 appelle la « conception normative » de la jurisprudence.

⁷⁵⁸ François OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », dans *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, OST, F. et VAN HOECKE, M. (Dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 95 et 96.

l'évolution des mentalités, tend toujours plus le fil ténu de mots qui relie la décision au prescrit de la loi. Vient ensuite le moment où un seuil qualitatif est franchi, qui rend illusoire la prétention d'encore rattacher la solution nouvelle à l'un ou l'autre précédent : ici, le fil s'est rompu et on concède qu'un revirement de jurisprudence s'est produit'' On est [...] confronté à une règle nouvelle ... non ... à une modulation de la règle antérieure. ».

[279] Au-delà de ce qui précède, quelques études⁷⁵⁹ ont été consacrées à la démonstration de l'équivalence entre la technique de l'*overruling* et le revirement de jurisprudence. Odile Salvat souligne la familiarité que présente la notion, familiarité qui ne lui ôte pas son caractère vague [...]. Pour cette auteure, le

« revirement de jurisprudence apparaîtra comme une donnée positive, constatable par tout observateur attentif. C'est que le phénomène existe par lequel une juridiction, abandonnant la ligne qu'elle avait suivie jusque là pour résoudre un point de droit, « vire de bord »⁷⁶⁰, « change du tout au tout », et compose une réponse en nette opposition avec le principe antérieurement retenu. Nous sous-entendons déjà par là que le revirement de jurisprudence devra se concevoir dans la dépendance de l'activité créatrice des cours souveraines. Il n'est de renversement que d'un principe de solution préexistant. »⁷⁶¹.

[280] En *common law*, nous avons déjà exposé les effets du *Practice Statement* de 1966⁷⁶² sur la force obligatoire du *stare decisis*. En effet, depuis lors, la *House of Lords* a la possibilité de rejeter ses propres précédents obligatoires. En vertu du *Practice Statement*, il y a donc eu une formalisation de la technique de l'*overruling* qui « consiste pour la House of Lords à déclarer de manière officielle qu'une de ses décisions n'a plus de valeur

⁷⁵⁹Évelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, 1985, spéc. p. 270 et s.; Vincent DELAPORTE, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », dans *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La Documentation française, 1994, p. 160 et s. ; Dario BOCCARA, *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law. Théorie générale d'une convergence asymptotique*, Thèse de doctorat, Lyon 3, tomes 1 et 2, 475 pp., spéc., §§ 266, 277, 320 et s.

⁷⁶⁰ Dictionnaire de la langue française, Éd. De Littré, tome VI, Voir Revirer.

⁷⁶¹ Odile SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 565 pp.

⁷⁶² Décision de la *House of Lords* : *Practice Statement (Judicial precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234.

de précédent »⁷⁶³. L'arrêt de revirement en cela rejoint directement l'*overruling* dans sa mise en œuvre et ses effets.

[281] Il existe aussi un procédé similaire à l'*overruling* mais officieux, qui permet de remettre en cause un précédent de la *House of Lords*. Il se matérialise par la réduction de la portée du précédent « aux faits qu'il fut amené à régir (*distinguishing a precedent to its own facts*), ce qui revient en pratique à le dépouiller de son autorité, excepté bien entendu celle de la chose jugée »⁷⁶⁴. L'*overruling* serait donc une opposition à une règle jurisprudentielle, une mise à l'écart par la *House of Lords* d'une règle jurisprudentielle établie par elle-même par le passé et qui régissait une question de droit. Cette mise à l'écart peut être modulé dans le temps⁷⁶⁵ ou même se faire pour le futur : on parle de *prospective overruling*⁷⁶⁶. Ces différentes modulations assumées après moult péripéties par le système de *common law*, constituent manifestement l'une des conséquences⁷⁶⁷ des arrêts de revirements que la doctrine civiliste craint de voir se déployer ou hésite à matérialiser.

[282] Par ailleurs, l'élimination *de jure* d'un précédent obligatoire constitue la technique de l'*overruling* qui est intrinsèquement liée à la notion de *ratio decidendi* de la jurisprudence de *common law*. Le professeur Jim Harris rend bien compte de la notion de « changement drastique » nécessaire pour parler aussi bien de revirement de jurisprudence

⁷⁶³ Isabelle RORIVE, *op. cit.*, p. 174, spéc. p. 144.

⁷⁶⁴ Isabelle RORIVE, *op. cit.*, p. 174, spéc. p. 144.

⁷⁶⁵ C'est le cas lorsque le juge « annonce la norme nouvelle pour l'avenir, mais maintient l'ancienne, en l'occurrence, pour des considérations qui peuvent tenir soit à l'injustice causée à la partie qui avait aligné son comportement sur la norme ancienne, soit plus largement à des considérations utilitaristes relatives aux effets économiques ou sociaux de la décision », tiré de Horatia MUIR WATT (Dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* », dans Nicolas MOLFESSIS (Dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy CANIVET*, Litec, p. 53 et s., spéc. p. 63.

⁷⁶⁶ Consiste « à appliquer aux revirements de jurisprudence un régime transitoire fondé sur des principes analogues à ceux qui commandent l'application de la loi dans le temps. La rétroactivité associée à la décision individuelle cède au profit de l'effet prospectif ou pour l'avenir généralement associé à l'activité proprement normative », Horatia MUIR WATT, *id.*, p. 62.

⁷⁶⁷ P. VOIRIN, *Op. cit.*, p. 187.

que d'*overruling*. Il fait passer l'enseignement suivant : pour pouvoir retenir qu'il y a vraiment *overruling*, il y a une prémisse :

« the exercise of the overruling power has, a necessary premise, the assumption that some proposition (x) has until this present judgment formed part of the law by virtue of authority of the now-inpugned earlier decision [...]. [I]t must appear that their Lordships recognize that the law prior to its presents decision had authority of a ratio decidendi of the House wich, up to this moment was binding on all inferior courts; and that the House now lays down that the proposition founded on that earlier ratio decidendi is no longer to be treated as part of English Law. ».

[283] Ainsi, il est clair qu'il faut une jurisprudence établie à travers des *ratio decidendi* clairs et affirmés. Les principes tirés des *obiter dicta* pouvant être changés sans problème par les juges de *common law*. Cette précision nous permet de faire automatiquement référence aux positions jurisprudentielles non affirmées et établies clairement dans le temps, et qui peuvent en droit civil faire l'objet de simple modification jurisprudentielle sans pour autant constituer un revirement de jurisprudence. Mais lorsqu'elles constituent un revirement, on voit très bien la similitude entre les deux pratiques trans-systémiques. En *common law* comme en droit civil, il s'agit d'un changement drastique de position d'une instance face à une position antérieure qu'elle avait adoptée sur une question de droit. Ce changement drastique exclut réciproquement toute réforme législative sur le point de droit concerné dans les deux systèmes juridiques que nous comparons.

[284] Les deux institutions (précédent et *overruling*) concourent à une meilleure application du droit et permettent de constater inéluctablement la convergence des deux traditions juridiques contrairement à l'opinion majoritaire. Une fois cette convergence constatée et le rapprochement des deux systèmes juridiques confirmé dans notre cadre de référence OHADA, il nous faut à présent passer au crible de l'analyse critique une seconde orientation. Peut-on identifier des valeurs contractuelles africaines, des spécificités

pertinentes pour cette réforme envisagée des contrats? Si oui, alors comment les intégrer dans notre cadre de référence?

CHAPITRE 2 : La précision de l'objet de la réforme du droit OHADA des contrats

« *Et ce n'est pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi? [...]* », Œuvres de Voltaire VII, *Dialogues*, 1838, p. 5

[285] Le droit traditionnel africain est certes pluriel et pluridimensionnel mais il était déjà transnational⁷⁶⁸. Des auteurs positivistes⁷⁶⁹ ont pu clamer dans leur fermeture théorique qu'il n'y avait pas de droit originellement⁷⁷⁰ et proprement africain⁷⁷¹ ou encore que le droit traditionnel des contrats africain n'était pas développé⁷⁷². Heureusement d'autres tels

⁷⁶⁸ Les coutumes s'appliquaient sur des espaces couvrant deux ou plusieurs pays dans leur découpage géographique actuel. On pense aux *Mina* et *Guen* du sud Bénin et du Togo. Aux *Yorubas* et *Nagos* du centre Bénin et du Nigéria. Aux *Touaregs* et *Peulhs* du Niger, du Burkina Faso, du Mali, de la Mauritanie et du Sénégal. Aux *Masaïs* de Tanzanie, d'Afrique du Sud, du Lesotho, du Kenya. Aux *Hutus* et *Tutsis* confondus entre le Rwanda, le Burundi, le Congo, la RDC, etc.

⁷⁶⁹ V. SOLUS, « L'ordre public en Afrique », dans *Encyclopédie Dalloz. Traité de la condition des indigènes*, Paris, 1927, cité par M. NKOUENDJIN YOTNDA, « Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux États d'Afrique francophone », *Penant*, 1973, p. 11, spéc. p. 13, note 6.

⁷⁷⁰ En fait, il n'existe pas « un » droit africain mais des droits africains appartenant à la fois à plusieurs familles juridiques officiellement reconnues et présentant chacun leurs spécificités. Sur l'utilité et le caractère pratique de retenir « un » droit africain, V. Anthony ALLOT, *African Law*, dans DERETT J. D. M. (Eds.) *Introduction to legal systems*, London, Sweet & Maxwell, 1968, p. 131 ou encore W. MENSKI, *The legal systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p. 383 avec de nombreuses références dont celles d'Anthony ALLOT précité.

⁷⁷¹ V. Gordon WOODMAN and A. O. OBILADE (Eds.), *African Law and Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth, 1995, qui prônent carrément que plutôt que d'effectuer des recherches sur les théories régissant le système juridique africain, les universitaires africains devraient s'atteler à développer la jurisprudence africaine, cité par Werner MENSKI, *The legal systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p. 380, note 1 ; L'existence de la famille juridique des droits africains est toujours déniée. Le professeur H. P. GLENN, *Op. cit.*, commet la même erreur de déni en classifiant le droit africain sous une tradition juridique le rendant invisible de par une taxonomie inexistante.

⁷⁷² Par exemple il est affirmé par GLUCKMAN que le droit traditionnel des contrats n'était pas autant développé que le droit de la famille ou des successions, etc... Pour preuve de son assertion, l'auteur rapporte que les vingt deux (22) volumes de la série *Law in Africa*, Sweet and Maxwell, London ne comportait aucune partie relative à un droit traditionnel des contrats malgré que le Ghana et le Nigéria qui étaient les deux principaux pays objet de l'étude faisaient l'objet de nombreuses transactions dans leur espace géographique. V. Max GLUCKMAN (Ed.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Oxford University Press, 1969, p. 71. Arrêtons-nous en là pour ne pas rapporter que l'auteur conclut naïvement (p. 77) que seuls très peu de systèmes juridiques africains ont développé une conception claire d'un modèle général de contrat.

que Kéba Mbaye⁷⁷³, Pierre-François Gonidec⁷⁷⁴ ou encore Werner Menski ont reconnu que « les droits africains sont aussi juridiques que d'autres systèmes juridiques »⁷⁷⁵. Même s'il a une juridicité, le « droit africain traditionnel n'est en réalité ni le droit canon, ni le droit musulman, ni le droit européen. Il est un droit à base coutumière baignant dans les veilles traditions et déformé par endroits par les apports des civilisations extérieures »⁷⁷⁶.

[286] De façon générale, à propos de la réforme OHADA il a été relevé qu'on a opéré une réforme d'une telle envergure sans tenir compte⁷⁷⁷ des usages⁷⁷⁸, des mœurs, des pratiques et mentalités qui caractérisent chaque pays⁷⁷⁹. L'essence du droit africain des contrats, son « postulat identitaire »⁷⁸⁰, sa caractéristique intrinsèque, est constituée par ce que le rédacteur de l'Avant-projet d'AUDC a qualifié de « spécificités africaines »⁷⁸¹, repris par de nombreux autres auteurs⁷⁸². Le professeur GONIDEC, juriste, socio-

Ceci n'étant pour lui en rien surprenant puisque même les romains ont échoué à pouvoir le faire jusqu'à très tard dans leur évolution juridique.

⁷⁷³ Kéba MBAYE, « L'unification du droit en Afrique », *Rev. sen. Droit.*, Déc. 1971, n° 10, spéc. p. 67 où l'auteur mentionne l'existence d'un droit africain traditionnel comme facteur favorable à l'harmonisation en Afrique.

⁷⁷⁴ P.-F. GONIDEC, qui dit : « Au lieu d'affirmer que rien n'est droit dans les sociétés dites primitives, on peut aussi bien soutenir que tout est droit », cité par Kéba MBAYE, « Le droit africain, ses voies et ses vertus », *Revue sénégalaise de droit*, Mars 1970, p. 8. V. aussi P. F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolutions et sources*, L.G.D.J., tome 2, 1976, p. 67 et s. où malgré un titre laissant penser le contraire, l'auteur reconnaît qu'il y a un droit africain traditionnel en voie de formation.

⁷⁷⁵ Werner MENSKI, *Ibid.*, p. 381.

⁷⁷⁶ Kéba MBAYE, « Le droit africain, ses voies et ses vertus », *Revue sénégalaise de droit*, Mars 1970, p. 23.

⁷⁷⁷ V. OKUPA, Effa, *International bibliography of African Customary Law*, Hamburg, LIT and International African Institute, 1998, cité par MENSKI, *Op. cit.*, p. 391. L'auteur y défend au contraire vigoureusement une recherche continue de principes et règles caractérisant les droits coutumiers africains.

⁷⁷⁸ Et pourtant on note la présence de l'article 1.8 de l'Avant-projet qui réfère expressément aux usages conventionnels entre les parties et aux usages généraux en vigueur ».

⁷⁷⁹ Wilfried MBILAMPIDO, « Réflexion iconoclaste sur l'OHADA », *Jeune Afrique Économie*, 29 juin au 16 juillet 1998, n° 267, p. 119 et s.

⁷⁸⁰ L'expression est empruntée à W. MENSKI, *Op. cit.*, p. 192, spéc. p. 381.

⁷⁸¹ Marcel FONTAINE, « Law Harmonization and local specificities », *Rev. dr. Unif.* 2013-1, pp. 1-15.

⁷⁸² Félix ONANA ÉTOUNDI, « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2005, n° 4, p. 692 et s. ; Emmanuel DARANKOUM, « L'avant-projet OHADA sur le droit des contrats : enjeux et perspectives », dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 134 et s., spéc. pp. 136 et 137.

anthropologue et spécialiste des droits africains, affirmait justement qu'en « Afrique plus qu'ailleurs le droit ne peut pas être isolé, sinon artificiellement et arbitrairement, des autres phénomènes »⁷⁸³. Le socio-anthropologue africain Guy Kouassigan⁷⁸⁴ se questionnait déjà bien avant l'OHADA sur ce qui constituait la loi applicable en Afrique. Selon lui, et nous partageons parfaitement cette affirmation, l'objet d'une loi depuis cette époque, devait osciller entre résistance à la modernité et applicabilité des règles coutumières.

[287] Les constitutions africaines⁷⁸⁵ ont pour la plupart⁷⁸⁶ fait une référence explicite aux règles coutumières qui régissent une partie de la société de cette époque. Sociologie, anthropologie, économie, éducation, ethnologie, etc. constituent donc des données du construit juridique en Afrique. En partant de ce postulat fondamental, nous essayerons d'identifier les spécificités africaines qui se démarquent en matière contractuelle (**Section 1**). Mais plus qu'une simple identification, nous déterminerons si ces spécificités ont déjà un impact sur le droit des contrats en son état actuel. Mieux, devraient-elles avoir une influence sur la réforme actuellement opérée (**Section 2**)? La démarche est d'autant plus indispensable que le rédacteur de l'Avant-projet a conclu à tort à un impact

⁷⁸³ Paul-François GONIDEC, « Les droits africains : évolutions et sources », L.G.D.J., Paris, 1976, p. 2.

⁷⁸⁴ Guy Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi, Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, A. Pedone, Paris, 1974.

⁷⁸⁵ Au Bénin ce fut l'art. 41 de la *Loi n° 60-36* du 25 novembre 1960 complété par l'art. 61 de l'Ordonnance n° 8 du 11 janvier 1964 et l'art. 63 de l'Ordonnance n° 20 du 08 avril 1968. En Côte d'Ivoire ce fut aussi l'art. 41 de la Constitution qui reconnut la coutume comme source secondaire. Au Sénégal, le statut des personnes, le mariage, la famille, la filiation, le divorce, les successions, les dons et legs, la citoyenneté, relevaient du statut traditionnel coutumier selon l'article 10 de l'Ordonnance n° 60-56 du 14 novembre 1960 publié au JORS du 19 nov. 1960. La Mauritanie a privilégié dès le départ le droit islamique dans son code. V. JEOL, « La réforme de la justice en République islamique de Mauritanie », *Penant* 1962, Vol. 72, p. 193 et 202, note 18. Au Togo les coutumes également ont conservé un rôle primordial selon la *Loi n° 61-117* du 12 juin 1961, JORT du 15 juin 1961, p. 393.

⁷⁸⁶ Certains pays africains ont néanmoins quasiment aboli les coutumes au départ dans leur processus de réforme constitutionnelle. La Guinée par exemple n'a aucun texte faisant référence à la coutume comme source de droit. Contrairement à cela, en 1960, une ordonnance présidentielle a supprimé les tribunaux et cours de droit coutumier et édictait que « la même loi s'appliquerait à tout type de litige identique sans considération de croyance, coutumes ou régions ». Ceci a fait dire à certains que les coutumes étaient supprimées en Guinée. V. Ord. N° 047/PRG du 29 déc. 1960, Art. 5, Bull. Ministère de la Justice, n° 1, p. 25, cité dans *French Speaking Africa*, Vol. 1, p. 98 et 99. Le Mali également a supprimé le système séparé des tribunaux coutumiers sans pour autant abolir les coutumes dans sa *Loi n° 61-55* du 15 mai 1961, JORM du 24 juin 1961, p. II.

« négligeable »⁷⁸⁷ de ces spécificités sur la réforme proposée et n'a pas jugé pertinent d'analyser leurs possibles incidences dans le cadre du projet qu'il rédigeait. Notre modeste contribution est de dégager suivant les pratiques locales les grandes lignes de ces spécificités africaines et surtout comment les prendre en compte dans le cadre de cette réforme du droit des contrats.

SECTION 1 : Les spécificités contractuelles africaines

[288] Il a été affirmé par des auteurs comparatistes⁷⁸⁸ que le droit des contrats ne connaissait pas de règles contractuelles coutumières⁷⁸⁹ africaines à la différence de certains autres domaines tels que le droit de la famille. L'affirmation est justifiable même si elle est sans aucun doute fautive. En effet, si on entend par règles coutumières contractuelles des principes généraux coutumiers, communs à tous les peuples et tribus et régissant les divers contrats spéciaux locaux⁷⁹⁰ existant à l'époque en droit traditionnel, alors on risque de ne

⁷⁸⁷ Nous sommes tentés de dire qu'il rejoint quasiment en cela, un certain courant de pensée proche du *nécessitarisme* qui dénie toute actuelle influence des coutumes sur la vie sociale. Nous aurions tort. Pour plus de développements à ce propos, voir Isaac NGUÉMA, *Droits de l'homme et Droit traditionnel africain. Pour quoi faire? Repenser les droits africains pour le 21^{ème} siècle*, Yaoundé, Éd. Menaibuc, 2001, pp. 189-190 et s., cité par Evariste BOSHAB, *Pouvoir et droit coutumiers à l'épreuve du temps*, Bruylant Academia, Coll. Bibliothèque de droit africain, pp. 25-26

⁷⁸⁸ Voir G. KRZECZUNOWICZ, « The Ethiopian Civil Code. Its Usefulness, Relation to Custom and Applicability », *Journal Of African Law*, Vol. 7, 1963, p. 173 qui reprenait un point de vue qu'il partageait avec le professeur René DAVID à propos du droit éthiopien.

⁷⁸⁹ A. B. KASUMU affirmait justement parlant de cette exclusion du droit des contrats des champs connaissant des règles coutumières "The reason for the exclusion is that it was felt by many that customary has little or nothing to offer in [Civil wrongs and contract] fields and one might as well substitute the received law in its entirety. There are those who argue that there is no law of contract under customary law since one cannot enforce an obligation which is to be performed in the future - that is an executor contract". Voir Introduction to the Conference intitled *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa* held at University of Ifè Institute of African Studies, Ibadan on 24th-29th August 1964, Africana Publishing Corporation, London, New-York and University of Ifè Press, Ilè-Ifè, Nigeria, p. XV.

⁷⁹⁰ Contrat de berger : il est fait entre un propriétaire de troupeau souvent d'une tribu et un autre accompagnateur des bêtes appartenant à une autre tribu. Malgré la transhumance du berger, la coutume du propriétaire s'applique quant à ce qui concerne le droit du berger de traire les brebis et de jouir de leur lait, le droit de profiter de l'accroissement du cheptel, etc.

pas pouvoir en dénombrer une kyrielle effectivement. L'affirmation serait ainsi compréhensible. Par contre, il en serait autrement si on accordait au terme coutumes contractuelles africaines, un sens et une portée plus large. La réalité est qu'il existe en Afrique des pratiques effectives qui, sans être intrinsèquement contractuelles, influent⁷⁹¹ à plusieurs égards sur les transactions commerciales en général et les contrats en particulier. Ce faisant, il ne peut être soutenu avec acuité qu'une réglementation contractuelle en Afrique ne saurait tenir compte de ces facteurs. Le professeur René David⁷⁹² à propos de la réforme du Code civil éthiopien opéré entre 1956 et 1960 a eu à dire qu'il est « inconcevable de considérer l'idée d'une législation générale codifiant toutes ces règles coutumières telles qu'elles se retrouvent à être suivies dans la pratique ». On ne peut certes pas prétendre codifier les coutumes telles qu'elles évoluent dans la pratique quotidienne; mais de là à affirmer qu'on ne peut les identifier dans leurs grandes lignes, ou encore qu'elles n'existent pas en matière contractuelle, il y a un gros fossé que nous ne franchirons pas.

[289] Notre profonde réserve n'est en rien atténuée par le bémol apporté par René David à propos du droit éthiopien. Il explique que l'école de pensée historique et sociologique prônant que la loi découlerait originellement des coutumes par un processus organique non délibéré n'est valable que pour le droit privé et uniquement en circonstances de relative

Contrat de tisserand qui tout en étant verbal et coutumier n'en est pas moins respecté puisque le travailleur demeurait au domicile de son employeur pour toute la durée de son travail. Il y était nourri, logé et blanchi et parfois même ce dernier devait payer pour les fournitures devant servir au tissage des vêtements.

Contrat de navétane : tiré de la langue Wolof du Sénégal, le navétane est un travailleur agricole saisonnier qui provient des pays limitrophe du Sénégal à la recherche de contrat de travail pour la culture de l'arachide principalement au mois d'octobre ou de façon plus rare depuis juillet jusqu'à plus tard après octobre. Ces derniers se voient attribuer une terre qu'ils cultivent et les droits de récolte du navétane et du propriétaire terrien sont régis par la coutume contractuelle, l'entente étant verbale entre les deux. Contrat de fermage; Entente entre chasseurs, etc.

⁷⁹¹ V. Henri BATIFFOL, « Influence du « social » sur le juridique », *Les cahiers de droit*, n° 28, *Évolution en droit moderne*, 1953, pp. 49 - 54.

⁷⁹² René DAVID, *Op. cit.*, p. 199.

stabilité ce qui ne serait pas le cas de l'Éthiopie⁷⁹³. On peut aussi éluder la problématique des spécificités africaines en affirmant telle qu'il fut fait à l'occasion de la codification éthiopienne que le but n'est pas de codifier des pratiques inappropriées -en réalité que l'on pense rétrogrades- actuellement dans un monde de compétition mais plutôt d'offrir un modèle contractuel uniforme et approprié pour la société OHADA à venir. Les décideurs et bailleurs de fonds occidentaux⁷⁹⁴ ont toujours soutenu que le développement économique nécessite des acteurs opérant dans les pays dits en développement un abandon de leurs façons actuelles de faire des affaires en faveur des meilleures pratiques en usage dans les économies dites développées. Il y a cependant une raison fondamentale de douter de la véracité de cette assertion : les réformes ne sont pas à même de modifier les comportements locaux, les coutumes, la culture. Elles ne sont pas à même de progresser et d'entraîner un progrès sans une intégration et une appropriation symbiotique de ces pratiques culturelles les plus influentes par les usagers. En effet, comme le démontrent bien les travaux de Stewart Macaulay⁷⁹⁵, les pratiques informelles intégrées sont un facteur rendant efficace et effective une réforme. La professeure Paquin l'exprime bien à sa façon lorsqu'elle écrit :

“past experiences with legal transfers have already shown that cultural factors are to be fully considered in order to ensure that reforms reach their objectives. In addition, cultural explanations for underdevelopment have not only persisted in the last thirty years, but have found new forms of expression which make them impossible to discard without careful examination”⁷⁹⁶.

⁷⁹³ René DAVID, *Op. cit.*, p. 199.

⁷⁹⁴ Les institutions de *Bretton Woods* telles que la Banque Mondiale et le FMI auxquelles on peut ajouter le PNUD et certaines agences de coopération étrangères.

⁷⁹⁵ Stewart MACAULAY, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, 1963, 28 *American Sociological Review*, 1.

⁷⁹⁶ Julie PAQUIN, *Business Law Transplants and Economic Development: An Empirical Study of Contract Enforcement in Dakar, Senegal*, p. 59. Available at http://digitool.Library.McGill.CA:80/R/-?func=dbin-jump-full&object_id=94941¤t_base=GEN01. Dernière consultation le 20 juin 2012.

[290] À l'appui de ce qui précède, d'aucuns semblent si vite oublier qu'avant la colonisation, il existait en Afrique, un corpus cohérent et complet de règles coutumières qui régissaient les rapports sociaux et était adapté aux sociétés africaines concernées. On dénature ainsi le droit actuel en tant qu'il est le résultat d'un long processus influencé par divers facteurs mais dont le substrat reste le même à la base : les coutumes d'antan, la culture juridique africaine. On sous-estime le rôle de régulateur social du droit pendant qu'on surestime son rôle prédictif⁷⁹⁷. Le droit régit les faits en société autant qu'il peut concourir à faire avancer la société mais toujours en connexion avec les réalités sociales locales. Les deux doivent aller de paire. Le second (rôle prédictif et directif) sans le premier (rôle de régulation sociale) ne peut conduire qu'à une ineffectivité⁷⁹⁸ des prédictions ainsi véhiculées par le texte déconnecté. Le premier sans le dernier pourrait faire stagner la société autour de vieilles pratiques codifiées.

[291] Ce faisant nous n'affirmons pas que les spécificités africaines sont une notion claire⁷⁹⁹ et aux contours exacts⁸⁰⁰. Dans notre cas cependant, nous avons identifié l'analphabétisme⁸⁰¹, l'absence de crédit et la réalité du commerce informel comme

⁷⁹⁷ Sur la base des théories de la *Law and Economics*. V. à *contrario* Rafael La Porta et al. *Law and Finance*, 1998, 106 *Journal of Political Economy*, 1113 qui concluent que les réformes légales et les institutions qui sont mises en place en prenant en compte les réalités culturelles locales au lieu de celles des pays dits développés sont plus efficaces et effectives que les greffes juridiques directes. Les auteurs parlent de greffe juridique directe. Il s'agit d'une réalité antérieure à proscrire définitivement avec l'essor de la législation OHADA après ses premiers balbutiements.

⁷⁹⁸ Ce fut le cas du Code civil éthiopien qui prévoyait des règles dans lesquelles les éthiopiens ne se reconnaissaient pas socialement. Il ne fut jamais adopté.

⁷⁹⁹ Le professeur Emmanuel S. DARANKOUM retient justement que « cette notion de *spécificités africaines* n'est pas coulée dans du marbre [...] Surtout, elle doit être assez résiliente pour se mouler dans les exigences de la mondialisation. Parce qu'il s'agit d'un concept rétif à toute saisie définitive [...] », Emmanuel DARANKOUM, *Op. Cit.*, p. 136.

⁸⁰⁰ Elle est assimilée à des concepts incertains comme la « culture juridique africaine » qui ne saurait recevoir d'analyse globale dans le débat sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats au risque d'un enlisement à l'instar de l'exemple européen sur lequel nous reviendrons dans notre seconde partie. V. Emmanuel DARANKOUM, *Op. Cit.*, p. 137.

⁸⁰¹ Emmanuel DARANKOUM, *Op. Cit.*, p. 137, note 4, la mentionne avec l'oralité comme pouvant induire une relecture du formalisme juridique et de la valeur accordée aux considérations du non écrit dans la vie du droit et des relations d'affaires [...]. Il ajoute comme spécificité le collectivisme social qui appelle un certain solidarisme juridique.

spécificités africaines⁸⁰². Ce ne sont pas, strictement parlant, des pratiques contractuelles mais des spécificités africaines. Ce sont des réalités socioculturelles, économiques et juridiques qui innervent les relations contractuelles en Afrique et ne peuvent qu'être prises en compte dans la rédaction des règles contractuelles africaines.

[292] Nous avons scindé ces contraintes socio-juridiques et culturelles africaines dans deux sous-parties. Une première sous-partie traite de l'analphabétisme et de la difficulté d'accès au crédit (**paragraphe 1**) tandis-que la seconde (**paragraphe 2**) retient l'informel comme spécificité africaine et nous entraîne vers la difficile régulation du commerce informel par le futur droit des contrats OHADA.

Paragraphe 1 : Des spécificités socio-économiques endogènes

[293] Le contrat est l'un des instruments qui, par sa pratique permet de développer les éléments distinctifs d'une société⁸⁰³; la « civilise » pour ne pas utiliser une expression malheureuse provenant d'un auteur⁸⁰⁴. Et c'est d'autant plus vrai que comme le soulignait Grenier, *sans le contrat de vente qui a provoqué l'apparition de la monnaie, on aurait*

⁸⁰² La réalité du commerce informel est une donnée incontournable à notre avis comme spécificités parce qu'elle regroupe justement en son sein les facteurs africains que sont l'analphabétisme, l'oralité ainsi que des questions de pouvoir d'achat économique. Ceci justifie que nous l'ayons préférée. Tous ces sous-facteurs seront néanmoins étudiés et leur impact analysés dans les développements à suivre.

⁸⁰³ René DAVID rendait bien compte de cette nécessité de ramener le droit aux éléments distinctifs d'une société lorsqu'il écrivait que : « le droit doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments, les manières de voir naturelles à la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit, car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui juste pour la société envisagée », dans *La refonte du Code Civil dans les États africains*, Annales africaines, 1962, p. 162.

⁸⁰⁴ D. DEROUSSIN, « Le contrat de droit privé et le lien social : Permanence d'un discours (Domat, Portalis et GOUNOT) », dans *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*, PUAM, 2008, p. 174. L'auteur parle de la fonction civilisatrice du droit. Portalis dans le Discours préliminaire du Code civil avait fait usage de la même expression : vertu civilisatrice du Code cette fois-ci. Retenons simplement pour éviter tout débat interminable que toute culture fait partie d'une civilisation. Chaque civilisation se vaut, aucune n'étant supérieure à une autre.

*peine à concevoir la moindre idée de civilisation*⁸⁰⁵. Dans le contexte OHADA ou plus généralement africain, ce qui a façonné les échanges contractuels, ce ne fut heureusement pas le droit tel qu'on le conçoit de nos jours mais des pratiques coutumières ancestrales. L'oralité a de tout temps été une de ces caractéristiques sociales ayant façonné les rapports économiques en Afrique. À l'oralité s'ajoute l'analphabétisme comme trait essentiel contribuant à cerner en partie l'essence même du droit africain des contrats (A-). Avec le temps et les débuts de la modernisation, l'accès presque impossible à une source de financement (crédit) viable est devenu une réalité avec laquelle les acteurs africains du commerce doivent composer (B-).

A- L'analphabétisme, vecteur d'acculturation juridique

[294] L'acculturation juridique⁸⁰⁶ est aussi une directe conséquence de l'illettrisme ambiant en Afrique, mais on peut la faire remonter plus loin. En effet, elle nous conduit sur des sentiers plus denses et actuellement plus obscurs que ceux de l'illettrisme. Elle fait appel à l'histoire du droit dans une de ses spécificités qu'est l'ethnologie juridique en Afrique⁸⁰⁷. Sans nous y étendre de façon générale, nous en prendrons une des manifestations qu'est l'analphabétisme et l'illettrisme.

⁸⁰⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimp. O. ZELLER, OSNABRÜCK, 1968, XIV, p. 336, cité par D. DEROUSSIN, « Le contrat de droit privé et le lien social : Permanence d'un discours (Domat, Portalis et GOUNOT) », dans *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*, PUAM, 2008, p. 175.

⁸⁰⁶ Michel ALLIOT, « L'acculturation juridique », *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, *Encyclopédie de la Pléiade*, 1968, pp. 1180 - 1236.

⁸⁰⁷ Étienne Le ROY nous en parle comme d'une science qui s'attacherait à comprendre les échanges entre cultures juridiques et les changements qui en résultent. Il rapporte que Michel ALLIOT dans un texte sur la question en 1968 dépasse tous les travaux de l'anthropologie culturelle américaine sur la question et récuse le diffusionnisme et l'évolutionnisme implicites de ces travaux. V. Étienne Le ROY, « Michel Alliot et la recherche au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris », dans *Un passeur entre les mondes. Le livre des Anthropologues du Droit disciples et amis du Recteur Michel Alliot*, Paris, Publications de la Sorbonne 2000, pp. 12 - 13 et s.

[295] L'illettrisme est en soi une donnée complexe⁸⁰⁸ mais qu'on ne peut ignorer en Afrique dans la rédaction d'une législation sur le droit des contrats⁸⁰⁹ : son effectivité en dépend. Comme le soulignait une auteure⁸¹⁰, l'illettrisme est une donnée structurelle qui empêche près de 80% des femmes d'affaires africaines⁸¹¹ d'avoir accès au droit OHADA ou même de considérer se conformer aux règles nouvelles censées régir leurs activités économiques. La jurisprudence également n'est pas restée en marge de la considération du statut d'illettré et des mentions de protection édictées à peine de nullité par le législateur et déjà consacrées dans des décisions⁸¹².

[296] La plupart des actes juridiques à effectuer sous le couvert des Actes uniformes exigent des personnes contractantes qu'elles parlent et écrivent le français, l'anglais, l'espagnol ou le portugais⁸¹³ alors que la proportion de la population africaine qui parle même une seule de ces langues est infiniment négligeable. La question de la compréhension des écrits constituant le contrat est crucial et a été par le passé en droit

⁸⁰⁸ La définition de l'illettré a par exemple été donnée dans la décision de la Federal Supreme Court du Nigeria dans *S.C.O.A., Zaria v. Okon*, 1960 N.R.N.L.R. 34 repris par *Baba Dan Kantoma v. Paterson Zochonis and Company Limited*, 1964, N.N.L.R. 54 cité par Alan MILNER (Ed.), *Modern African Contract Cases*, The African Law Reports, Oxford, 1971, p. 129 et s.

⁸⁰⁹ Il y a eu après les indépendances de nombreuses législations prenant en compte cette donnée cruciale. Alan MILNER (Ed.), *id.*, en mentionne plusieurs. Au Nigéria par exemple, il y a avait le « Illiterates Protection Ordinance ».

⁸¹⁰ Isabelle DESCHAMPS, *Commercial Law Reform in Africa: a Means of Socio-economic Development, But for Whom? Perspective of Women Entrepreneurs in Benin*, Thèse de Maîtrise, Université McGill, Montréal, Canada, 2011.

⁸¹¹ L'étude a pris le Bénin comme exemple et les données sont propres à ce pays membre de l'OHADA.

⁸¹² V. Cour suprême de Cote d'Ivoire, chambre judiciaire, arrêt n° 137/2001 du 15 mars 2001, SOCGIEX-CI et PREMOTO c/ BICICI, www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 04 juin 2013, référence J-04-67; Trib. de Grande Instance de Mfoundi, jugement n° 404/CIV du 28 mars 2005, www.ohada.com/jurisprudence consulté le 04 juin 2013, référence Ohadata J-08-112.

⁸¹³ Suivant l'article 42 le français est la langue officielle de travail de l'OHADA qui reconnaît tout de même que les trois autres langues forment avec le français les quatre langues de l'OHADA considération des langues officielles des pays membres.

africain des contrats un motif de refus de couverture d'une caution illettrée ou de responsabilité d'un garant⁸¹⁴.

[297] En plus de ces cas jurisprudentiels, quelques exemples tirés du droit positif OHADA suffiront à convaincre le lecteur de cette spécificité à considérer pour l'effectivité des dispositions africaines devant régir les contrats.

[298] En droit commercial et des sociétés, il faut commencer par saluer tout de même l'audace du législateur qui a codifié aux articles 10, 18 al. 17 et 72 de l'AU OHADA relatif au droit des sociétés coopératives⁸¹⁵ que la personne illettrée puisse remplacer une signature manuscrite par une empreinte digitale. Cette mesure constitue une avancée mais n'est pas aussi adaptée que celle régie en matière de cautionnement par les articles 4, 11 et suivants⁸¹⁶ de l'AUPOS⁸¹⁷. En effet, il est toujours possible en contractant avec un lettré qu'une personne illettrée en position économique inférieure, dans des conditions socioculturelles désavantageuses et par complexe aussi, accepte simplement de poser son empreinte digitale alors qu'elle n'a pas compris le fin mot de ce à quoi elle s'engage. Ce complexe, les africains le connaissent bien. Les usagers de l'Afrique savent bien qu'en fonction du contexte, du rang social, du sexe, de l'âge, des personnes présentes ou autres, ce « complexe de l'illettré » suffit à le conduire à apposer son empreinte sur tout document proposé plutôt que de demander des clarifications qui prouveront qu'il n'a rien compris en réalité et ne sait pas ce à quoi il s'engage effectivement.

⁸¹⁴ V. High Court of Ghana: 1965 ALR Comm. 100, *Union Trading Co. Ltd. v. Tetteh, Quaynor and Taylor*. Comments by J. KORATENG-ADDOW cité par Alan MILNER (Ed.), *Op. Cit.*, p. 132. Voir aussi cité par le même auteur, *Atta Kwamin v. Kufuor*, 1914, 2 Renner 808 ; 1874-1928) P.C. 28 ou *Waya v. Byrouthy*, 1958, 3 W.A.L.R. 413.

⁸¹⁵ *Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives* adopté le 15 Décembre 2010, J.O. OHADA n° 23 (15 février 2011).

⁸¹⁶ L'article 4 à son alinéa 3 prévoit la formation d'un cautionnement par une personne illettrée grâce à l'assistance de deux témoins certificateurs. Les articles 11 et suivants prévoient le régime applicable à ces témoins certificateurs.

⁸¹⁷ *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, 17 April 1997, 3 JO OHADA 1 (1^{er} octobre 1997), remplacé par l'*Acte uniforme portant organisation des sûretés*, adopté le 15 Décembre 2010, 22 JO OHADA 1 (15 février 2011).

[299] Il est également possible à ce sujet de mentionner la catégorie d'entrepreneur⁸¹⁸ qu'a créé le nouvel Acte uniforme sur le droit commercial général⁸¹⁹ et qui malheureusement ne remplit pas tout l'espoir placé en lui⁸²⁰. L'objectif du législateur était clairement d'aller chercher ces entrepreneurs de l'informel pour leur faciliter les diverses obligations et écueils rencontrés au regard des réalités africaines. Malheureusement, on n'est pas allé aussi loin que possible car au-delà des allègements de coûts et de certaines formalités qui s'appliquent à tous même les lettrés, on aurait pu simplifier les exigences formelles. L'essor des TIC a prouvé que le contrat n'est plus ce qu'il était. L'écrit et la signature ont subi des métamorphoses qui nous ramènent presque à l'ère coutumière où nos ancêtres n'avaient pas besoin d'écrit. Le législateur aurait pu instituer une procédure testimoniale de reconnaissance de constitution d'entreprises de personnes illettrées qui pourraient être validées devant un officier d'état civil par un unique acte ne nécessitant pas pour autant des connaissances étendues du français ou du droit des sociétés mais juste le sens des affaires. L'AUDC serait le medium parfait pour la reconnaissance expresse de cette possibilité de formation du contrat par présence de témoins. Cette réalité possible à travers la liberté de forme érigée comme principe devrait être formellement reconnue dans l'AUDC.

⁸¹⁸ Déduite des articles 2 et 3 du nouvel AUDCG liant commerçant et profession habituelle, cette catégorie est définie par l'article 30 de l'AUDCG nouveau. Elle est une extension de la réalité des professionnels de l'espace OHADA qui sont bien souvent des commerçants car effectuant des actes de commerce. V. Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, « Entrepreneur », dans Paul-Gérard POUYOUÉ (Dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Déc. 2011, spéc., p. 774 et s.

⁸¹⁹ *Acte uniforme relatif au droit commercial général*, 17 April 1997, 1 JO OHADA 1 (1^{er} octobre 1997), remplacé le 16 mai 2011 par l'*Acte uniforme relatif au droit commercial général*, adopté le 15 Décembre 2010, 23 JO OHADA 1 (15 Février 2011).

⁸²⁰ Voir la question de la quasi-confusion entre le patrimoine de l'entrepreneur et celui de son conjoint ou époux qui peut voir son patrimoine confondu en cas de mesure d'exécution forcée suivant l'art. 53 AUPSRVE. On sait aussi que dans l'informel, au décès du père, un des enfants reprend en général la majorité des activités de son défunt père d'où à notre sens l'incongruité du caractère *intuitu personae* de la déclaration d'activité de l'entrepreneur, fixée par l'art. 64 de l'AUDCG. De façon connexe, nous pensons à l'exigence unique d'une hypothèque comme seule garantie sur les immeubles alors que les pays de l'espace OHADA font montre d'un défaut flagrant d'immatriculation des immeubles, de découpage cadastral ou lorsqu'il existe un cadastre, de sa mise à jour. Pour certains développements connexes plus étendus, V. Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, *Ibid.*

[300] Isabelle Deschamps⁸²¹, dans son mémoire portant empiriquement sur le cas des femmes entrepreneures au Bénin, dépeignait cette réalité en relevant que dans plusieurs cas, les dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives (AUSC)⁸²² exigent explicitement ou implicitement la capacité à lire et écrire. Des documents multiples doivent être remplis et signés par les membres de sociétés coopératives. L'AUSC exige toujours que l'"entrepreneur" s'enregistre par écrit, garde les grands livres et autres documents financiers et comptables obligatoires. La dichotomie est évidente puisque la plupart des commerçants de l'informel sont illettrés et tiennent une comptabilité embryonnaire ou au mieux, s'appuient sur une communauté de parents et amis pour leur comptabilité. Dans de telles circonstances, il est prévisible que ces petits entrepreneurs ne chercheront pas à intégrer officiellement le droit OHADA, car il n'est pas adapté à leurs réalités locales. Le législateur aura donc échoué du fait de la non prise en compte effective de l'analphabétisme comme spécificité africaine⁸²³.

[301] Le nouvel Acte uniforme sur les sociétés coopératives démontre la pertinence de la problématique soulevée dans le contexte africain. En effet, il définit⁸²⁴ la société coopérative comme un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et leurs besoins économiques, sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et dont le pouvoir est exercé démocratiquement⁸²⁵.

⁸²¹ Isabelle DESCHAMPS, *Op. cit.*, p. 201, supra note 774, p. 166 et s.

⁸²² *Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives* adopté le 15 Décembre 2010 et publié au JO OHADA du 15 février 2011.

⁸²³ Plutôt que ces exigences formelles et si nombreuses, des obligations financières, comptables et fiscales allégées dans les premières années qui progressivement mais sur du long terme allaient devenir plus contraignantes auraient pu constituer une façon de prendre en compte cette réalité africaine. Le but étant d'intéresser afin d'encadrer les acteurs de ce secteur, cette progressivité aurait été salutaire à plusieurs égards.

⁸²⁴ Article 4 de l'AU sur les sociétés coopératives.

⁸²⁵ La définition pêche en elle-même par manque de précision. Elle aurait dû par exemple mieux cibler l'informel afin d'intégrer l'analphabétisme ambiant en Afrique au niveau des sociétés coopératives.

[302] Le droit français semble encore plus adapté en ce sens qu'il faisait clairement référence à certains facteurs qui ne laissent pas de doute sur l'intention du législateur de l'époque⁸²⁶. Il est fait à ce propos mention d'une société civile ou commerciale caractérisée *soit par la mise en commun de moyens de production, soit par l'achat ou la vente de biens en dehors des circuits commerciaux*. Il est clair que l'intention du législateur était de prendre en compte le secteur tertiaire⁸²⁷ de l'époque au demeurant très dynamique en Afrique et représenté par l'informel au sens large avec des personnes pour la plupart illettrées. Il aurait donc fallu une telle audace de la part du législateur OHADA au regard de l'ampleur du phénomène de l'informel.

B- Le difficile accès au crédit pour les opérations économiques

[303] Le professeur Leduc⁸²⁸ dans une étude en 1964 s'était évertué à démontrer en quoi la planification d'ensemble du développement agricole mettait en cause et impliquait une réforme du crédit. Au sein des problématiques qu'il soulevait se trouvaient celle de l'encadrement juridique de cette réforme⁸²⁹.

[304] Les modes de financement et de crédit⁸³⁰ en Afrique sont le direct reflet de la majorité des activités commerciales qui s'y déroulent. En prenant l'exemple du Bénin, une

⁸²⁶La coopérative a été créée en France par la loi N° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopérative, plusieurs fois modifiée par ailleurs avec le temps.

⁸²⁷ On pense notamment à l'artisanat, au tourisme informel et non organisé, aux associations de tontines et des banques individuelles de crédit local, aux initiatives de vente au détail de produits divers, aux transport local terrestre, fluvial et bien plus encore.

⁸²⁸ Gaston LEDUC, *Le rôle du crédit dans la planification du développement agricole*, Recueil Penant, Vol. 74, 1964, p. 153 et s.

⁸²⁹ Gaston LEDUC, *Id.*, p. 163.

⁸³⁰ Pour des développements sur le droit de la micro-finance dans l'espace OHADA, Voir Moussa SAMB, *Le droit de la micro-finance dans l'espace OHADA*, 1^{ère} éd., juin 2012, Publications de l'ERSUMA. Pp. 24 - 26 pour la typologie des institutions de crédit; pp. 46 - 54 et s. pour les formes d'épargne et de crédit.

auteure⁸³¹ explique avec des données de terrain que la première source de financement dans l'économie béninoise informelle est constituée par les revenus et économies personnels talonnés de près par les dons et soutiens monétaires de la famille et des amis. Une place prépondérante est cependant due aux tontines et autres mécanismes informels de micro-finance⁸³² et de crédit. Le fait typique du Bénin⁸³³ est par extension généralisable à la majorité des États de l'OHADA tout au moins.

[305] Une réforme contractuelle peut-elle ainsi ne pas penser à ces types de mécanismes de mobilisation effective des ressources financières ? En principe, la réponse devrait être négative. L'une des options aurait été de régir ce qui précède dans le nouvel AUDCG mais ce ne fut pas le cas. Des dispositions générales doivent donc aménager un cadre juridique acceptable à cette réalité. Définir et réglementer ce que nous qualifions « contrats d'association tontinière » est presque une obligation au regard de l'importance de cette pratique locale de micro-financement. À notre avis on peut caractériser juridiquement ce type de contrat comme un regroupement informel de personnes⁸³⁴, sans but lucratif appartenant en général mais pas toujours à une communauté précise ou mis sur pied dans un espace géographique tout court⁸³⁵. Le regroupement opère par mutualisation entre ses membres des conséquences négatives d'événements socio-économiques fréquents⁸³⁶ en plus de s'auto-constituer en institution bancaire de financement de leurs activités

⁸³¹ Isabelle Deschamps, *Op. cit.*, p. 201.

⁸³² Il existe par exemple des modèles informels de micro-assurance. C'est ce que le prof. SAMB qualifie de modèle communautaire de micro-assurance. V. M. SAMB, *Ibid.*, p. 60.

⁸³³ Les données proviennent du mémoire d'Isabelle DESCHAMPS, *Op. cit.*, p. 201.

⁸³⁴ Un regroupement informel de personnes n'ayant aucune reconnaissance légale. Souvent en fonction des membres, on note une notoriété et un succès qui augmentent avec le temps que dure l'association.

⁸³⁵ Le premier critère étant la confiance, les personnes se cooptent souvent par recommandation entre connaissance. Il arrive donc que l'espace géographique soit complètement différent, que les secteurs d'emploi soient opposés. On retrouve même souvent des fonctionnaires et agents publics avec des personnes du secteur informel pur.

⁸³⁶ Décès d'une personne proche, naissance d'un enfant, baptême, communion eucharistique, financement de projets personnels de toutes sortes, dépenses de rentrées scolaires, maladies, réjouissances, etc.

individuelles. L'objectif étant toujours de faciliter l'épargne, les membres s'établissent des règles de fonctionnement approchantes du système des associations coopératives. L'objet du regroupement est souvent défini dans un règlement intérieur sommaire⁸³⁷, sa dénomination, la périodicité⁸³⁸ de la contribution⁸³⁹, la durée de chaque cycle d'épargne, siège principal de réunion⁸⁴⁰ qui est souvent rotatif pour éviter les dépenses de fonctionnement qui entraînerait des coûts collectifs⁸⁴¹. Les frais administratifs de tenue de l'épargne⁸⁴², les pénalités en cas de retard⁸⁴³, les conditions d'exclusion⁸⁴⁴, etc. sont ainsi évités et leur régime est précisé au Règlement intérieur. Autant de précisions qu'ont toujours connu les structures tontinières informelles et qui les rapprochent des règles d'une société de personnes. L'existence des systèmes tontiniers remonte à bien longtemps avant ces créations savantes contemporaines, justifiant que le droit africain des affaires par le biais de son futur droit des contrats doive se métamorphoser afin d'aller à la rencontre de

⁸³⁷ Règlement intérieur que produisent lorsqu'il existe, les plus lettrés du groupe et que les autres émergent sans toujours en savoir les implications juridiques en cas de litiges.

⁸³⁸ Souvent mensuelle pour les grosses structures elle peut être par semaine ou quinzaine pour les moyennes ou journalière pour les plus petites.

⁸³⁹ Contribution qui prend les allures d'un apport à une société qui à chaque round épuise et renouvelle son capital. La particularité étant que la fluctuation du capital peut être assimilée à une absence de capital comme dans le cas du GIE (Art. 870 AUSCGIE). Dans une « association tontinière » comme dans un GIE, les membres peuvent ne pas être commerçants (Art. 871 AUSCGIE).

⁸⁴⁰ L'équivalent d'un siège social rotatif qui ne se rapproche en rien sinon contredit les dispositions de l'article 23 et 24 de l'AUSCGIE.

⁸⁴¹ Chaque membre reçoit le groupe en fonction de ses moyens. La réalité étant que la réunion est souvent fixée au domicile de la personne devant ramasser les gains de tous selon la périodicité établie. Cette dernière ne peut donc prétexter ne pas avoir les moyens de recevoir les autres et doit réserver une partie de son épargne à la réception. Ceci démontre un des côtés négatifs des dites tontines.

⁸⁴² Ils existent souvent mais n'ont aucune commune mesure avec les frais des organismes bancaires, de micro-finance ou de crédit. Ils sont une sorte de prime de celui qui conservent les fonds ou fait leur collecte même si en général tous ces groupements appliquent le principe de la dette portable et non quérable ce qui oblige l'épargnant à porter sa contribution au collecteur et pas l'inverse.

⁸⁴³ Existence de sanctions bien établies. Parallèle avec les articles 886 et s. de l'AUSCGIE. Ces sanctions sont appliquées par les membres eux-mêmes.

⁸⁴⁴ Pour un parallèle avec l'exclusion dans les sociétés commerciales de droit OHADA et français, V. Karel Osiris Coffi DOGUÉ, « L'exclusion d'un associé dans l'A.U.S.C.G.I.E. de l'OHADA », Mémoire de D.E.A. Droit privé fondamental, Université de Lomé, Togo, 2008, 87 p., inédit.

ses utilisateurs les plus nombreux et surtout ceux-là qui supportent le mieux l'économie de nos pays africains⁸⁴⁵.

[306] Nous ne développerons pas les multiples intérêts de ces systèmes de financement que d'autres se sont déjà attelés à rechercher et à analyser dans leurs rapports avec des systèmes légaux⁸⁴⁶. Le nouvel AU sur les sociétés coopératives aurait pu servir de cadre juridique adéquat à ce type de société informelle. À défaut, la réglementation contractuelle OHADA devrait y consacrer quelques articles spécifiques⁸⁴⁷ pour alléger les contraintes légales trop mises de l'avant pour pouvoir faciliter le regroupement des ensembles décrits plus hauts. Il n'y a donc actuellement aucune reconnaissance juridique même implicite du rôle et de l'intérêt de ces mécanismes de crédit qui sont indispensables pour le tissu socio-économique africain. L'AUDC est le meilleur medium en l'état actuel du corpus juridique OHADA pour une prise en compte de ces spécificités africaines ainsi décrites.

Paragraphe 2 : L'applicabilité du futur AUDC aux pratiques informelles

[307] Qu'entendons-nous exactement par pratiques contractuelles africaines (A-) et comment le législateur pourrait intégrer cette donnée prépondérante de la réforme OHADA des contrats (B-)? Ainsi se libellent les deux questions qui nous préoccupent dans ce paragraphe.

⁸⁴⁵ V. BIKANDA P.-J., « Informalisation des économies africaines et logiques africaines des unités de production informelles (UPI) », *Gérer et décider*, Vol. 1, n° 1, Janvier 2005, p. 105 où l'auteur précise que l'informel occupe près de 70% de la population active depuis 1990 dans la plupart des États parties de l'OHADA.

⁸⁴⁶ Lein-Lein CHEN & Raymond P. H. FISHE, "Informal Financial Arrangements and the Stability of Deposit Insurance in Less Developed Countries", 60, 1 Southern Economic Journal, 1993, p. 157.

⁸⁴⁷ Articles reconnaissant, définissant et établissant les quelques différences de régimes juridiques entre ces contrats informels particuliers à forte incidence économique et les contrats en général. Il s'agirait surtout d'un allègement des formalités constitutives et de fonctionnement, décrites précédemment.

A- La notion de pratiques informelles en droit OHADA

[308] Dans la présente thèse, la notion de pratiques contractuelles africaines⁸⁴⁸ regroupe les usages, coutumes et autres actions contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une législation en Afrique mais qui font partie du vécu contractuel quotidien. Ces éléments faisaient partie des principaux talons d'Achille relevés à propos de l'Avant-projet d'AUDC⁸⁴⁹. L'importance de ces pratiques et spécificités a pu être retenue à plusieurs reprises comme éléments de stabilité des transactions en Afrique⁸⁵⁰.

[309] On ne peut éluder au nombre de ces pratiques, la réalité de l'informel en Afrique. Il est donc important de cerner cette réalité de façon générale afin de mieux isoler les éléments non pertinents dans le contexte de cette étude. Les premières réflexions sur le commerce informel⁸⁵¹ datent des années 1970⁸⁵² et ont été reprises par Hart Keith en

⁸⁴⁸ N'oublions pas que l'Avant-projet prévoit à l'article 1.8 que « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établi entre elles; elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable ». C'est l'ajout du qualificatif "africaines" qui obligent à rechercher hors du domaine de cet article ce qui représente les pratiques contractuelles africaines.

⁸⁴⁹ Félix ONANA ÉTOUNDI, « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif. 2005, n° 4, p. 692 et s. L'auteur y consacre des développements aux pages 701 - 704.

⁸⁵⁰ Par exemple au niveau de la Cour suprême du Cameroun, cette stabilité est renforcée par l'exigence faite en application du Décret n° 71-DF-544 du 19 déc. 1969 (organisant les juridictions traditionnelles au Cameroun oriental qui donne compétence au juge de droit traditionnel d'intervenir dans le contentieux du droit des contrats), que tous les citoyens étant justiciables de leurs coutumes respectives dans les différends qui peuvent les opposer en matière contractuelle, ils ne peuvent se faire appliquer le droit écrit à propos d'un acte juridique déterminé qu'en faisant clairement l'option de juridiction (Arrêt n° 19 du 26 mars 1968, Bull. CS-COR n° 22, 2159 et Arrêt n° 29 du 16 janvier 1979, Bull CS n° 38, 2286. Cité par Stanislas MELONE, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Actes du colloque de Dakar, 5-9 juillet 1977, *Revue sénégalaise de Droit*, 1977, p. 47 et s. spéc. p. 63.

⁸⁵¹ B. LAUTIER, « L'économie informelle : solution du problème », I, *Cahiers des Sciences*, n° 50, 1995, p. 25 à 47. L'auteur y définit le secteur informel comme un secteur qui « regorge l'ensemble des petites activités lucratives de débrouillardise qualifié tantôt de chômage déguisé, tantôt d'entreprise de subsistance ou de survie n'ayant pas été clairement identifiées par l'État »; Pour M. O. BRUN, l'économie informelle est l'ensemble des petites activités marchandes de production et de distribution des biens et services non agricoles et non modernes », in « L'éléphant et les fourmis, l'État et les petites activités marchandes », in *Économie populaire et phénomène informel au Zaïre et en Afrique*, n° 34, Bruxelles, 1992, p. 198 à 207 ; Le professeur MUBAKE MWENE retient que le « secteur informel regroupe en son sein toutes les activités qui échappent aux circuits officiels ou qui ne sont pas saisis par les statistiques officielles », dans « Économie souterraine et secteur informel au Zaïre : caractéristiques et fonctions », *Zaïre-Afrique*, n° 188, 1984, p. 7, cité par KOUMBA E. Mesmin, « Les enjeux de l'extension de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif aux entreprises informelles africaines : enjeux juridiques et économiques », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Doctrine*, p. 160.

1973⁸⁵³ ainsi que les économistes du Bureau International du Travail⁸⁵⁴ à qui on attribue en général la paternité du terme⁸⁵⁵. Ce type de commerce provient du secteur du même nom, le secteur informel⁸⁵⁶ qui est encore difficile à définir⁸⁵⁷.

[310] Stéphanie Kwémo⁸⁵⁸ retient dans sa thèse de doctorat sept caractéristiques permettant de définir le secteur informel :

“ease of access to activities; resort to local resources; family ownership; small-scale activities; use of simple techniques and limited labour; qualifications gained outside the official school system; and markets that evade all regulation and are open to competition”⁸⁵⁹.

Disponible en ligne au : <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/article/les-enjeux-de-l-extension-de-l->, consulté le 04 juin 2013.

⁸⁵² John O. IGUÉ et Bio G. SOULÉ, *L'État -entrepôt au Bénin. Commerce informel ou solution à la crise ?*, Éd. Karthala, Avant-propos de John IGUÉ, p. 13.

⁸⁵³ Hart KEITH, *Informal Income Opportunities and Urban Employment in Ghana*, *Journal of Modern African Studies*, Vol. 11, 1973, n° 1, p. 61-89.

⁸⁵⁴ Le BIT aurait pour la première fois utilisé le concept dans son fameux « rapport Kenya » en 1972, International Labour Organization, 1972, *Employment, Incomes and Equality. A Strategy for Increasing Productive Employment in Kenya*, Geneva. Pour plus de détails, V. Jacques CHARMES, IRD, Paris, « Les origines du concept de secteur informel et la récente définition de l'emploi informel », <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/218175/IIES%20Secteur%20Informel.pdf> (consulté le 24 décembre 2011).

⁸⁵⁵ Jacques CHARMES, « Débat actuel sur le secteur informel », *Revue Tiers-Monde*, tome XXIII, n° 111, oct. 1987, pp. 855-875.

⁸⁵⁶ L'organisation internationale du travail (OIT) a défini le terme comme composé de « travailleurs qui vendent des biens ou produits à leur propre compte ou qui emploient des travailleurs qui effectuent de telles activités pour leur propre compte », Traduction propre de l'auteur pour « workers who sell goods or products for their own account (or who employ such own-account workers) ». Définition donnée au 15th International Conference of Labour Statisticians (Jan. 1993), *Resolution Concerning Statistics of Employment in the Informal Sector*, paras. 6-10, Disponible au <http://www-ilo-mirror.comell.edu/public/english/bureau/stat/res/infsec.htm>, consulté le 05 juin 2013.

Économiquement, il s'agit de “workers whose output is not included in Gross Domestic Product”, selon FRIEDRICH SCHNEIDER, *Size and measurement of the informal economy in 110 countries around the world 3* (2002), Disponible au <http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/informal-economy.pdf>, consulté le 05 juin 2013, cité par Claire MOORE DICKERSON, “OHADA on the Ground: Harmonizing Business Laws in Three Dimensions”, 25 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 103, 2010, p. 125, note 31.

⁸⁵⁷ Claire MOORE DICKERSON, *Ibid.*, en donne une définition assez pertinente en ces termes : “... includes own-account workers and that relates to income not officially counted understands the informal sector to be the locale where formal law does not penetrate, or does so only unpredictably, and generally weakly. By any reasonable understanding street vendors, hawkers, and market women will typically satisfy the ILO, GDP, and law definitions simultaneously, and these workers thus are part of the informal sector. ».

⁸⁵⁸ Stéphanie KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012, pp. 30 et s., n° 23.

⁸⁵⁹ Tiré de Marcel FONTAINE, « Law Harmonization and local specificities. A case study: OHADA and the law of contracts », *Rev. dr. Unif.* 2013-1, p. 9.

[311] Élundant en partie le débat théorique sur le concept⁸⁶⁰, nous attirons l'attention sur les composantes qui, à notre sens, matérialisent son existence en droit. Le commerce informel en Afrique⁸⁶¹ est le résultat du cumul de plusieurs facteurs dont l'analphabétisme, l'acculturation juridique, le difficile accès au crédit (développés précédemment⁸⁶²), la corruption, les conséquences des plans d'ajustement structurels (P.A.S.⁸⁶³) pensés pour l'Afrique par les bailleurs de fonds principaux⁸⁶⁴ dans la décennie quatre vingt (80), qui sont autant de spécificités africaines *a priori* éloignés de notre sujet mais qui en réalité en constituent la trame de fond⁸⁶⁵. On ne peut ignorer ces facteurs⁸⁶⁶ dans un futur Acte

⁸⁶⁰ V. Laurence FONTAINE et Florence WEBER, *Les paradoxes de l'économie informelle. À qui profitent les règles?*, Karthala, Coll. « Les terrains du siècle », 2010, 276 pp. ces auteurs abordent la question sous l'angle économique.

⁸⁶¹ Subdivisé en secteur informel de services (petits métiers) et secteur informel d'échanges (économie souterraine; échanges parallèles; contrebande qui comme subdivision de l'informel nous intéresse plus ici). V. J. O. IGUÉ et Bio G. SOULÉ, *id.* citant A. MEERTJE et Ph. BARTHELEMY, *L'économie souterraine*, Économica, Paris, 1984;

⁸⁶² Voir Paragraphe 1^{er} précédent.

⁸⁶³ Gilles DURUFLÉ, *L'ajustement structurel en Afrique: Sénégal, Côte d'Ivoire, Madagascar*, Karthala, 1988, 205 pp. qui présente une « évaluation » desdits programmes en prenant le cas des trois pays présentés au début des programmes en 1980 comme les meilleurs élèves. Il s'agit d'un programme de réformes économiques que le Fonds monétaire international (FMI) ou la Banque mondiale mettent en place pour permettre aux pays touchés par de grandes difficultés économiques de sortir de leur crise économique. C'est un ensemble de dispositions dont certaines agissent sur la conjoncture et d'autres sur les structures et qui résultent d'une négociation entre un pays endetté et le Fonds monétaire international (FMI) pour modifier le fonctionnement économique du pays (le FMI conditionnant son aide à la mise en place de réformes qu'il considère pérennes). Ces crédits sont dénommés entre autres prêts d'ajustement structurel ou des prêts d'ajustement sectoriel. Les PAS ont démontré de nombreuses lacunes tant sur le fond que dans la forme de leur exécution. Source : www.wikipedia.org, consulté le 25 août 2012 à 00h22. Nous ne nous attarderons pas plus qu'il ne faut sur les programmes d'ajustements structurels.

⁸⁶⁴ Banque Mondiale (BM), Fonds Monétaire International (FMI), Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) pour ne citer que ceux-là.

⁸⁶⁵ Le secteur informel constitue une part inestimable des échanges commerciaux en Afrique. En témoignent les statistiques ci-après tirées de l'article de Jacques CHARMES, précité, « Les origines du concept de secteur informel et la récente définition de l'emploi informel », pp. 18 et 21. Part en pourcentage du secteur informel dans le produit intérieur brut (PIB) total de divers pays dits en développement : Algérie (1997) 24,2 ; Tunisie (1995) 20,3 ; Maroc(1986) 24,9 ; Bénin (1993) 27,3 ; Burkina Faso (1992) 24,5 ; Burundi (1996) 25,7 ; Cameroun (1995-96) 33,6 ; Côte d'Ivoire (1995) 22,4 ; Ghana (1988) 31,4 ; Guinée Bissau (1995) 16,0 ; Kenya (1999) 18,4 ; Mali (1989) 23,0 ; Mauritanie (1989) 10,2 ; Mozambique (1994) 38,9 ; Niger (1995) 37,6 ; Sénégal (1991) 33,0 ; Tanzanie (1991) 21,5 ; Tchad (1993) 31,0 ; Togo (1995) 35,8 ; Zambie (1998) 14,7 ou encore plus probant, le taux d'emploi informel dans la population active en 1990 : Algérie 25,4 ; Maroc 56,9 ; Tunisie 39,3 ; Égypte 65,3 ; Bénin 92,8 ; Burkina Faso 77,0 ; Guinée 71,9 ; Kenya 71,6 ; Mali 78,6 ; Mauritanie 75,3 ; Mozambique 73,5 ; Niger 62,9 ; Sénégal 76,0 ; Tchad 74,2 ; Zaïre 59,6 ; Zambie 58,3.

⁸⁶⁶ En 1999-2000, la Banque mondiale estimait et ce bien avant la crise que le secteur informel représentait en Afrique au Sud du Sahara en moyenne entre 40% et 60% de l'économie locale et employait entre 51% et

uniforme sur le droit des contrats OHADA. Notre réticence à nous étendre plus qu'il ne faut sur le concept se justifie par le besoin de prudence exigé par la tentation d'adopter un critère de définition du secteur informel. En effet, ce dernier a régulièrement été au carrefour de nombreuses divergences d'opinions et d'idéologies entre chercheurs en sciences économiques et sociales. Moultes réalités concrètes permettent de saisir l'agrégat que représente l'informel. D'une part, l'informel caractérisé par une intention frauduleuse qu'on range globalement sous le vocable « d'économie dissimulée » ou « irrégulière » ou encore « économie souterraine »⁸⁶⁷. D'autre part, l'informel animé plus par une intention de survie qu'une volonté dissimulatrice et qu'on classe souvent sous l'expression « d'économie de la débrouille ou de survie »⁸⁶⁸ ou tout simplement « d'économie non déclarée ». Et enfin l'informel matérialisé par un caractère illicite qu'on nomme par l'expression « d'économie criminelle ». Cette dernière est constituée pour l'essentiel des activités interdites ou qui portent atteinte à l'ordre public ce qui justifie son qualificatif d'économie « noire »⁸⁶⁹.

[312] Le commerce informel est un des modes effectifs de matérialisation des activités économiques en Afrique. La réelle question est qu'il s'agit d'activités non officielles, mais cependant susceptibles de réglementation ou de récupération économique et surtout d'encadrement juridique. Le droit des contrats régit les activités économiques en général et on ne peut que considérer le commerce informel comme une « spécificité africaine » qui

93% de travailleurs non agriculteurs. Tiré de *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture* 19 (2002), Disponible au <http://www.wiego.org/publications/women%20and%20men%20in%20the%20informal%20economy.pdf>, consulté à nouveau le 06 juin 2013, cité par Claire MOORE DICKERSON, *Op. cit.*, p. 113, note 33.

⁸⁶⁷ Thierry Noël KANCHOP, *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, Mémoire du Diplôme d'Études Approfondies (D.E.A.) en Droit Communautaire et Comparé CEMAC, Novembre 2008, p. 3.

⁸⁶⁸ Thierry Noël KANCHOP, *Id.* Cette dernière fonctionne parfois au vu et au su de tous avec une totale inaction étatique.

⁸⁶⁹ Thierry Noël KANCHOP, *Ibid.*, p. 4. Cette dernière est traquée surtout fiscalement mais survit grâce aux effets de la corruption entre autres.

doit influencer le droit OHADA des contrats. De ceci découle la question majeure de la sous-partie à suivre: le secteur informel peut-il se laisser saisir par le droit OHADA des contrats? Autrement dit comment le droit OHADA des contrats peut-il appréhender la réalité de l'informel en Afrique? Que penser de l'applicabilité des règles contractuelles à ces spécificités mentionnées?

B- L'AUDC face à l'informel

[313] Le Doyen Roger Masamba parlait d'une applicabilité sélective⁸⁷⁰ du droit des affaires au secteur informel. C'est exactement le cas pour ce qui est d'une législation sur le droit des contrats. En effet, en droit OHADA une souplesse existe par exemple à l'égard des mineurs émancipés et même des mineurs tout court lorsqu'ils se retrouvent dans l'hypothèse où ils font l'objet d'une mesure d'interdiction de faire le commerce dictée par le souci de les protéger contre les risques inhérents à l'activité commerciale. L'AUDCG pour le mineur accomplissant des actes de commerce au mépris de son incapacité, a un régime moins rigoureux⁸⁷¹ que celui prévu normalement⁸⁷². Ce régime juridique spécial du mineur dans des cas précis peut être également aménagé pour l'entrepreneur de l'informel de l'espace OHADA. Des propositions en ce sens suivront dans la seconde partie de cette thèse portant sur la construction d'un droit des contrats sur le fondement des principes contractuels mis au goût des réalités africaines.

⁸⁷⁰ Roger MASAMBA, « L'applicabilité du droit des affaires au secteur informel », disponible à l'adresse /cache/9349/congolegal.cd/IMG/pdf/Applicabilite_du_droit_des_affaires_au_Secteur_informel.pdf, consulté le 25 décembre 2012. Communication présentée à l'occasion des « Journées des droits de l'homme sur la Déclaration universelle des droits de l'homme et la consécration de l'Etat de droit » (Unikin, 19-20 février 2002).

⁸⁷¹ Contrairement au cas de celui d'une pratique illicite des actes de commerce par une dangereuse personne présumée porter atteinte aux règles de commercialité et qui ne bénéficiera d'aucune faveur.

⁸⁷² Ce régime est sanctionné notamment par les articles 10, 11 et 12 de l'AUDCG entre autres.

[314] Une solution de facilité et pas très indiquée a consisté à une simple tentative d'assimilation entre commerçant informel et commerçant de fait⁸⁷³. Nous n'y consacrerons pas des développements exhaustifs sinon pour dire qu'elle satisfait les besoins de la fiscalité en général sans faire mieux.

[315] Les différentes propositions ignorent à notre avis un certain nombre de constats évidents qui méritent attention. En effet, à côté de la catégorie d'entrepreneur « informel », de nombreux autres pans du droit des contrats font déjà appel à l'informel et le prennent en compte mais toujours à la défaveur du commerçant informel. Au regard de l'ampleur du phénomène et du besoin impérieux de l'inclure comme spécificité africaine, il faut prévoir plus d'intérêts pour les acteurs du commerce informel de se conformer aux exigences formelles. La réforme doit viser aussi une progressive intégration incitative de ces acteurs du commerce africain. L'AUDC est sûrement une intéressante opportunité de proposer des aménagements indirects aux autres Actes uniformes en vigueur à défaut de pouvoir intégrer ces dernières dans son corpus.

[316] Comme autre exemple de confirmation de cette tendance défavorable au secteur informel, nous attirons l'attention sur le droit fiscal⁸⁷⁴, le droit comptable⁸⁷⁵ et le droit de la concurrence⁸⁷⁶ en cas de déloyauté⁸⁷⁷ ou de concurrence illicite⁸⁷⁸ ou encore d'atteinte à la

⁸⁷³ Cette assimilation se base sur la définition large de la commercialité qui part de l'accomplissement des actes de commerce définis aux articles 3 et 4 AUDCG. Elle trouve aussi son fondement dans la présomption de commercialité découlant de l'article 38 de l'AUDCG.

⁸⁷⁴ La fiscalité demeure un champ de compétence nationale. Les législateurs fiscaux nationaux ont tous quasiment réussi à imposer par tous les moyens ces acteurs non structurés du commerce de leur pays. C'est la preuve de la réelle importance du secteur pour les économies africaines que l'OHADA compte moderniser.

⁸⁷⁵ De compétence communautaire OHADA, la comptabilité des entreprises et commerçants OHADA est régi par combinaison des articles 13 et s. de l'AUDCG et 19 et s. de l'AUOHCE.

⁸⁷⁶ De compétence communautaire mais pas OHADA, il existe de nombreux textes en fonction des espaces juridiques qui régissent le droit de la concurrence en Afrique. Dans l'UEMOA : Régl. 02/2002/CM/UEMOA et le Régl. 03/2002/CM/UEMOA. Dans la CEMAC : Régl. 1/99/UEAC/CM/639 du 25 juin 1999 et le Régl. 4/99/UEAC/CM/639 du 18 août 1999.

⁸⁷⁷ Déloyauté qui englobe confusion, dénigrement, désorganisation d'une entreprise rivale ou du marché, parasitisme, etc.

libre concurrence, punissent les agissements des acteurs de l'informel alors qu'ils ne bénéficient pas de la protection équivalente. Il semble en être de même en droit OHADA en matière de responsabilité civile des commerçants informels. La théorie de la responsabilité civile devrait être plus clairement rattachée à l'AUDC⁸⁷⁹ de façon à prendre en compte tous les agissements généraux pouvant entraîner une responsabilité d'un acteur informel à l'égard d'un commerçant immatriculé. Toutefois, le bénéfice ne devrait pas être unilatéral et le commerçant informel devrait être en mesure d'attirer en justice aussi son homologue dûment enregistré mais indélicat; ce qui n'est pas le cas actuellement puisque l'entrepreneur informel se voit interdire tout droit d'ester en justice en tant que commerçant. Il perd ainsi de nombreux privilèges de procédure tels que l'invocation des clauses compromissoires⁸⁸⁰ du fait de son défaut de qualité de commerçant⁸⁸¹.

[317] Au bénéfice des acteurs informels et dans l'optique de réduire progressivement l'intérêt pour l'informel, le législateur de l'OHADA devrait à notre sens mettre sur pied quelques incitatifs légaux. Il peut s'agir par exemple de la possibilité de vérification, sous une condition de vérification ultérieure diligente, les livres et documents comptables et financiers exigés à l'article 13 de l'AUDCG devraient être admissibles⁸⁸² comme moyens de preuve entre commerçants et acteurs informels et entre entrepreneurs du secteur

⁸⁷⁸ Pouvant regrouper des cas de violation des monopoles légaux ou de clauses de non concurrence dont un commerçant informel avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, etc.

⁸⁷⁹ Il ne s'agira pas d'une transposition de la théorie de la responsabilité civile (incluant celle délictuelle) dans l'AUDC mais d'un lien assez clair pour servir à rechercher les agissements contractuels à caractère délictuelle des entrepreneurs informels. La reconnaissance de la responsabilité civile délictuelle des entrepreneurs informels est un fait dans la plupart des États africains de l'OHADA mais cette pratique gagnerait à être formalisée dans l'AUDC.

⁸⁸⁰ « Convention par laquelle les parties à un acte juridique s'accordent, avant tout litige, de porter les différends qui pourraient naître à l'occasion de cet acte devant les arbitres. », Hilarion Alain BITSAMANA, *Dictionnaire OHADA*, IPC, Édition 2008, p. 65.

⁸⁸¹ Cette situation est actuellement effacée par la lettre de l'article 1^{er} de l'AUA qui prévoit son applicabilité « à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États-parties ». Ceci permet aux commerçants informels d'invoquer une clause compromissoire actuellement en droit OHADA puisqu'aucune distinction n'est retenue entre arbitrage civil et commercial.

⁸⁸² À ce jour, l'article 5 de l'AUDCG admet les livres comptables et autres documents énumérés par l'article 13 AUDCG comme moyens de preuve de l'entrepreneur à l'égard du non commerçant mais pas au bénéfice de l'entrepreneur informel.

informel et non commerçants. L'entrepreneur devrait également pouvoir être partie à un contrat de location-gérance⁸⁸³. Il devrait pouvoir exercer une action judiciaire en lien avec ses activités de commerce informel. Cette dernière possibilité peut être conditionnée par une immatriculation *a posteriori* qui ouvrirait droit entre autres à une procédure judiciaire. Il s'agit là d'une mesure qui permettra d'augmenter les attraits des commerçants informels pour le monde légal des affaires qu'ils ne perçoivent en général que sous l'angle négatif des taxations fiscales en Afrique, les renforçant dans leur désir de rester dans la clandestinité.

[318] D'aucuns diront que de telles mesures étaient déjà prévues pour le statut de commerçant de fait mais il ne s'agit aucunement de la même réalité. Et pour ceux qui seraient tentés de trouver inapproprié de telles dispositions dans le cadre d'un AUDC, il plaît de rappeler que ce fut à l'occasion de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage OHADA que le législateur a étendu au commerçant informel la possibilité d'invoquer l'application d'une clause compromissoire à l'égard d'un commerçant alors que ce privilège lui était dénié par le droit commun préexistant qui distinguait entre arbitrage civil et arbitrage commercial ou mixte⁸⁸⁴. Il existe par conséquent des améliorations ponctuelles à entreprendre incluant une élaboration d'un cadre commun contractuel des affaires avec des règles permettant l'appréhension de cette réalité africaine.

[319] Au titre de contributions, nous devons mentionner que le droit des contrats a déjà aménagé des catégories spéciales profitant d'une protection particulière ou de privilèges spéciaux. On pense notamment aux consommateurs, aux contractants économiquement faibles, aux travailleurs, aux majeurs incapables ou protégés. Nous l'avons dit : le droit est un phénomène social et en ce sens il ne saurait occulter en Afrique l'informel. Il faille donc

⁸⁸³ Art. 138 al. 3 de l'AUDCG nouveau. Il s'agit d'une limitation fortement critiquable et freinant l'attrait de ce nouveau statut.

⁸⁸⁴ Art. 1^{er} de l'AUDA précité qui ne fait aucune distinction entre les deux types d'arbitrage.

procéder à une identification juridique de cette catégorie afin de lui aménager spécifiquement un régime propre :

- Quant à la preuve; pour libérer les moyens et modes de preuve des acteurs de l'informel comme c'est le cas du statut d' « entreprenant » qui peut servir de véhicule juridique pour le commerçant de l'informel.
- Quant à la prescription; en la rendant plus courte à l'instar des commerçants pour limiter la période de vulnérabilité aux poursuites intempestives vu la célérité des affaires.
- Quant au principe de renouvellement du bail; afin de rendre stable le fonds de commerce de l'entreprenant informel.
- Quant aux obligations comptables et fiscales

[320] Notre proposition ne reste pas une simple hypothèse d'école. Nous en voulons pour preuve le fait que le Cameroun ait procédé en ce sens à travers le Décret N° 93/720/PM du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la Loi N° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun. Cette Loi a en effet identifié et retenu une troisième catégorie composée des commerçants nationaux de l'informel. Le but étant de faire entrer dans le formel en les protégeant mieux, des acteurs jusque là ignorés par le droit⁸⁸⁵. Bien entendu, au niveau de l'OHADA, ce serait des entrepreneurs locaux⁸⁸⁶ qui

⁸⁸⁵ Notons au passage que ce Décret de mise en application a été pris quelques mois après la signature du Traité de l'OHADA. Ceci le rend quasiment inutile puisque quelques mois plus tard l'entrée en vigueur du Traité a officiellement rendu caduque cette Loi et son Décret d'application qui entre en contradiction avec la seule catégorie de commerçant de l'époque sur le fondement de l'article 10 du Traité de l'OHADA qui pose le principe de la supranationalité juridique et judiciaire de l'OHADA.

⁸⁸⁶ Sans considération de nationalité et de lieu géographique de situation.

jouiraient de ce statut spécial avec les avantages contrairement à la lettre de l'article 39 de l'AUDCG⁸⁸⁷.

[321] Le droit OHADA des contrats est donc applicable au commerce informel qui constitue une des spécificités africaines à prendre en compte à côté d'autres (**Section 2**).

SECTION 2 : La prise en compte des « spécificités contractuelles africaines »

[322] Prendre en compte ces spécificités contractuelles que nous avons tenté de caractériser revient à proposer une esquisse d'intégration de ces coutumes au droit moderne des contrats (**Paragraphe 2**). La problématique rebondit alors partiellement sur la question de la rédaction des coutumes contractuelles. Ce faisant, une chose paraît certaine : c'est qu'il est impossible d'intégrer toutes les spécificités africaines. Même uniquement en matière contractuelle, on ne peut s'y atteler qu'en considérant les grandes tendances de ces dernières. Tout bien considéré, on se rend que le droit de la preuve, séparé de cette réforme des contrats par le législateur, est un terreau fertile se prêtant à cette intégration (**Paragraphe 1**) de quelques spécificités africaines au cadre de référence OHADA en droit des contrats.

⁸⁸⁷ Article 39 AUDCG : « Les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus, ne peuvent se prévaloir, jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant.

Toutefois, elles ne peuvent invoquer leur défaut d'inscription au Régistre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité ».

Paragraphe 1 : La nécessaire adaptation des modes de preuves aux spécificités africaines

[323] Cette adaptation prend corps notamment à travers le principe de la liberté de preuve (B-) que nous avons choisi pour matérialiser la possibilité de cette adaptation des piliers contractuels modernes aux spécificités africaines. Ce principe de la liberté de preuve, se veut être le succédané du caractère oral du contrat en droit africain (A-) que nous développerons d'abord.

A- La formation à l'oral du contrat en droit OHADA

[324] Le professeur ALLOT⁸⁸⁸ comme d'autres⁸⁸⁹ après lui, affirme à raison que l'une des influences communes et majeures⁸⁹⁰ des droits coutumiers africains est, au-delà de l'influence culturelle commune, le caractère oral c'est-à-dire non écrit du système. Il poursuit en ces termes:

« Of these [similarities,] the most obvious is the absence of writing, and hence the absence of all written legislation, law reports, and juristic analyses. A purely oral legislated law is possible; but in practice, unwritten law tends to consist mainly of customary law. The African legal systems share, then, the common characteristics that they are all unwritten and mainly customary in origin. »

⁸⁸⁸ Anthony ALLOT, *African Law*, dans DERETT J. D. M. (Eds.) *Introduction to legal systems*, London, Sweet & Maxwell, 1968, p. 131, cité par MENSKI, *Op. cit.*, p. 192, spéc. pp. 422 et 423.

⁸⁸⁹ R. VERDIER, « Une esquisse anthropologique des droits de tradition orale d'Afrique noire », *Revue de Synthèse*, 1985, p. 118 et s. 301 et s. ou encore du même auteur, « Statique et dynamique des droits des civilisations de l'oralité », Dalloz, Coll. *Arch. Philosophie du Droit*, 1984, p. 251 et s. ; Etienne LE ROY, « Justice africaine et oralité juridique. Une réinterprétation de l'organisation judiciaire ``traditionnelle`` à la lumière d'une théorie générale du droit oral d'Afrique noire », *Bull. de l'Institut français d'Afrique noire*, XXXVI, série B, 1974, p. 559-5591, cité par Rodolfo SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, p. 85, note 31.

⁸⁹⁰ Pour une opinion contraire, V. T. O. ELIAS, *The nature of African Customary Law*, Manchester, 3 éditions datant de 1956, 1962, 1972, cité par Rodolfo SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, p. 86, note 32.

[325] L'oralité du contrat est une caractéristique qui doit donc être prise en compte dans la réforme du droit des contrats. Le contrat en droit traditionnel africain était essentiellement oral pour deux raisons majeures à notre avis. D'abord le niveau d'avancement des échanges à l'époque nous permet de croire qu'une préférence était donnée aux contrats réels nécessitant un simple transfert de la chose pour matérialiser l'entente et la volonté contractuelle de se lier. Le troc⁸⁹¹, les échanges, les compensations pour services, l'inexistence de monnaie unique et propre étaient autant de facteurs qui militaient en faveur de la prédilection des africains pour les contrats réels permettant oralement la formation du contrat et matériellement à la suite sa réalisation soit totale ou partielle. L'oralité était ainsi facilement consacrée comme mode efficace de formation et d'exécution du contrat à l'époque. Mais les réalités à ce propos n'ont que quelque peu évoluées depuis le temps. En effet même de nos jours avec le commerce informel, l'oralité des contrats est une réalité contemporaine⁸⁹². Autre facteur de relativisation de la prise en compte de cette oralité : le concept d'équivalence des prestations. Il n'avait pas la même signification⁸⁹³ en Afrique comme dans les traditions romano-germaniques de droit écrit.

⁸⁹¹ Le troc existe depuis des temps immémoriaux en Afrique et aussi dans les sociétés occidentales. Il est d'ailleurs toujours maintenu dans les codes actuels. C'est notamment le cas du code civil français qui retient le concept savant de dation en paiement. C'est simplement la possibilité d'effacer une dette avec un bien. Un troc partiel perdure aussi aujourd'hui dans l'industrie automobile mondiale où on peut remettre une ancienne auto pour en prendre une nouvelle sous réserve de compléter le prix ou tout autre mode de compensation. En Afrique, le troc est toujours pratiqué au République démocratique du Congo dans le secteur orifère et les régions où s'extrait l'or. Les personnes rapportent des bijoux anciens et reprennent d'autres plus neufs dans un système d'échanges équivalent entre le consommateur et le commerçant.

⁸⁹² Au Bénin par exemple, nous avons plus de la moitié de la fourniture des produits pétroliers qui se fait par la commercialisation dans le secteur informel du pétrole et de l'essence frelatée par des personnes non lettrées qui font toutes leurs transactions de gré à gré sans écrit et à l'oral. Cette activité soutient économiquement une frange très importante de la société béninoise et fonctionne entièrement avec des ententes orales.

⁸⁹³ Comme exemple, V. Rodolfo SACCO, *Ibid.*, p. 219, qui mentionne qu'il y a par exemple parfaite équivalence entre les promesses des dieux et les hommes, les défunts et les vivants, la terre et les agriculteurs. Il y a échange entre la soumission de l'étranger et la protection qu'il reçoit du groupe. Il y a équivalence entre le paiement de la taxe d'impôt et l'attribution de la terre par le Chef traditionnel. Egalement, le principe tel que conçu en Afrique est très relatif puisque même à travers un don on doit percevoir une équivalence puisque le don appelle traditionnellement un contre don.

En effet, une équivalence des prestations avec effet patrimonial strict⁸⁹⁴ ne semblait pas requise pour valider un contrat qui pouvait bien exister sans matérialité et donc sans besoin d'écrit. L'autre conséquence fondamentale de cette caractéristique est que les droits africains ne se trouvant pas dans des ouvrages, la production du droit est plus décentralisée et devrait inclure plus de citoyens en même temps qu'elle rapproche plus les parties au contrat qui doivent en effet échanger pour mieux circonscrire les clauses de leur entente.

[326] Ces caractéristiques étant à l'esprit, il faut voir comment de nos jours, avec l'évolution contemporaine, cette donnée essentielle aurait dû ou non influencer l'AUDC. L'impact est reconnaissons-le mineur et même si le principe de l'équivalence des prestations est de mise et que l'autonomie contractuelle est applicable comme fondement de la formation des contrats, la formation du contrat pourra difficilement se passer de l'écrit pour certains types de contrats. Par contre, les contrats seront toujours consensuels et il existera toujours des contrats réels et d'autres types de contrat n'exigeant aucun écrit⁸⁹⁵. La différence fondamentale se verra plus au niveau des modes de preuve de l'existence et de la validité de ces contrats.

B- L'adaptation de la liberté de preuve en droit OHADA

[327] La preuve, objet de tribulations depuis Goethe⁸⁹⁶, est la rançon des droits⁸⁹⁷. L'Afrique a depuis la nuit des temps connu un système ultra-libre de production de la

⁸⁹⁴ V. Rodolfo SACCO, *Ibid.*, p. 219.

⁸⁹⁵ Dans le droit OHADA, mentionnons simplement l'exemple du contrat de transport de marchandises par route dont l'existence est clairement admise même en l'absence d'écrit l'attestant. Art. 3, 4 al. 4 et s. AUCTMR.

⁸⁹⁶ On peut être surpris de remarquer sous la plume de Goethe que la preuve avait déjà une importance cruciale. Il rapporte à travers son personnage le Docteur Faust qui s'étonnait de comment Méphistophélès, le diable, ne pouvait pas se contenter de l'engagement verbal, de la parole donnée par un homme. « *Il te faut aussi un écrit, pédant? Ne sais-tu pas ce que c'est qu'un homme, ni ce que la parole a de valeur?* ». Ceci

preuve⁸⁹⁸. L'OHADA n'est rien venu changer et la CCJA⁸⁹⁹ a depuis toujours affirmé le principe de la liberté de preuve. Cet état actuel et antérieur s'explique par le fait que contrairement aux sociétés occidentales, estimant leurs droits plus rationnels, en Afrique, l'agent pénal n'est pas forcément *celui qui lève le bras, mais la force qui le pousse à agir. Or cette force n'est jamais neutre, jamais issue du hasard*⁹⁰⁰. De la simple parole du notable, sage ou chef traditionnel aux pratiques ordaliques ou religieuses occultes ou simples prestidigitations, tout était bien simple et structuré pour assurer l'établissement de la vérité dans la préservation du tissu social comme finalité du processus de la preuve⁹⁰¹. On ne peut donc affirmer que la preuve du contrat par écrit est « naturelle chez toutes les

prouve aussi que la parole donnée depuis les temps immémoriaux était le mode de formation des engagements contractuels. Cité par Eric FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, tome 423, L.G.D.J., 2004, p. 1.

⁸⁹⁷ Expression attribuée à Rudolph Von IHERING et qui rejoint l'adage *Idem est non esse aut non probari* (ou encore simplement, pas de preuve pas de droit).

⁸⁹⁸ C'est le lieu de rappeler l'usage des ordalies et autres pratiques occultes ou magiques. Jean POIRIER en parlait comme de « droit secret » à côté du « droit coutumier officiel » et du « droit parallèle ». Le droit secret était selon lui « un droit ésotérique, qui demeure tout imprégné de magie et de religion ». Le droit parallèle est juridique et concerne la filiation, le mariage, le régime de la propriété foncière, etc.... Il met en relation les hommes par opposition au droit secret qui fait référence à une tierce partie invisible (dieu, esprit, génie...). Le droit coutumier officiel est l'ensemble des textes pris dans la frénésie de la codification postindépendance dans différents domaines et qui fit souvent cohabiter droit écrit et coutume local. V. Jean POIRIER, « L'analyse des Espèces juridiques et l'étude des droits coutumiers africains », dans Max GLUCKMAN (Ed.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Oxford University Press, 1969, p. 97 et s, spéc. p. 101.

⁸⁹⁹ Arrêt CCJA n° 053/2005 du 15 décembre 2005, Société Côte d'Ivoire céréales c. Société Shang consulting ; OHADATA J 02-72, CCJA Arrêt n° 010/2002 du 21 mars 2012, Société Négoco ivoire c. Société GNAB ; Commentaire *Le Juris OHADA*, n° 4/2002, p. 33, note M. E. BEIRA, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 23 tirés de Paul-Gérard POUGOUÉ, Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE (Dir.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Études africaines, p. 70 à 77 et spéc. p. 72.

⁹⁰⁰ Samba TRAORÉ, « Le voleur, le Pilon, le Marabout et le Commandant de cercle : la cohabitation de logiques contraires dans la recherche de preuves », dans *Un passeur entre les mondes. Le livre des Anthropologues du Droit disciples et amis du Recteur Michel ALLIOT*, Textes réunis par Étienne et Jacqueline Le ROY, Publications de la Sorbonne, 2000, p. 175.

⁹⁰¹ La connaissance de la finalité du processus de preuve est très importante comme le soulignent Marie HOUDE et Ghislain OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux », R.G.D., 2011, Vol. 41, n° 1, p. 9 et s, spéc. p. 10. Ils rapportent que la même précision est faite par Christine BOYLE, Marilyn T. MACCRIMMON et Dianne MARTIN, *The Law of Evidence : Fact Finding, Fairness and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Ltd., 1999, p. 45 où les auteurs affirment : « [T]he process of proof [...] has to do with [...] arguments about both assessing the information and the linkages between the information and the desired conclusion ».

nations policées »⁹⁰². Le droit de la preuve « correspond à la culture dans laquelle il s'insère et façonne sans doute à son tour la culture »⁹⁰³. Et le moins qu'on puisse dire c'est que la culture africaine de la preuve est singulière. Nous ne ferons pas un développement substantiel⁹⁰⁴ du système probatoire mais en détaillerons certains aspects particuliers en lien avec les réalités africaines⁹⁰⁵.

[328] Le droit de la preuve ne faisait pas partie au départ des matières⁹⁰⁶ à harmoniser au sein de l'OHADA. Des mises en garde ont même été faites à son propos⁹⁰⁷. Cependant, le législateur a opéré un ajout⁹⁰⁸ puis demandé qu'il soit uniformisé avec le droit des contrats en 2007⁹⁰⁹. Cette décision est opportune à plus d'un titre. En effet, les pays membres de l'OHADA conservent un droit de la preuve pluriel, toujours hérité du colonisateur⁹¹⁰ et

⁹⁰² J.E.M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1992, p. 48, cité par Emanuel JEULAND, « Modèle et preuve de l'acte juridique », dans Thierry REVET (Dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, L.G.D.J., tome 6, 2005, p. 209, note 1.

⁹⁰³ Emmanuel JEULAND, *Id.*, spéc. note 2.

⁹⁰⁴ Pour des détails en droit international privé français, V. les développements autour de la nature substantielle et celle processuelle des règles de preuve. Eric FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, tome 423, L.G.D.J., 2004, 354 pp.

⁹⁰⁵ Le système probatoire africain est extrêmement complexe. Nous traiterons de la question de l'objet (sur quoi), de la charge (qui) et des modes (moyens) de la preuve sans que les mécanismes généraux et sans spécificité ne soient étudiés. Nous n'aborderons ainsi pas spécifiquement l'admissibilité et l'administration des modes de preuve (comment la preuve est apportée).

⁹⁰⁶ L'article 2 du Traité OHADA prévoyait huit matières originelles et ne faisait aucune énumération du droit de la preuve au départ. On a ensuite pensé à son harmonisation séparément du droit des contrats pour finalement le rattacher à l'AUDC.

⁹⁰⁷ Le professeur Philippe TIGER affirmait ce qui suit : « ... si l'Organisation s'avise de légiférer en matière de droit général de la preuve, elle ne pourrait le faire que de façon irrégulière... », Disponible en ligne sur www.ohada.com Consulté le 06 avril 2013, Référence OHADATA D-11-09, p. 4. Au surabondant, le professeur TIGER rapportait à propos du même projet de droit OHADA de la preuve que « si le procédé de l'Acte uniforme est délicat, le projet peut prendre la forme d'une loi-type à proposer aux États de l'OHADA ou aux organismes régionaux d'intégration économique comme l'UEMOA et la CÉMAC qui pourraient, à leur convenance, s'en inspirer à des degrés divers pour moderniser leur législation interne ou pour élaborer des règlements généraux », Actes du colloque sur *Le droit de la preuve dans l'espace OHADA. Introduction générale*, publié à la Revue de droit uniforme africain, n° 1, p. 10.

⁹⁰⁸ Réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA tenue à Bangui en Centrafrique en mars 2001 et qui a inclus le droit de la preuve au nombre des matières à uniformiser.

⁹⁰⁹ Décision du Conseil des Ministres des 26 et 27 juillet 2007 tenue à Niamey au Niger et qui a fusionné le droit de la preuve et le droit des contrats OHADA.

⁹¹⁰ Les sources en sont diverses. Majoritairement c'est le Code civil français de 1958 qui continue de régir les questions de preuve dans les droits nationaux. Cependant nous avons une sorte de « néo-théorie spéciale de la preuve » qui découle de chaque Acte uniforme et qui, du fait de la particularité du droit OHADA fait partie

scindé en deux⁹¹¹. Sur le fond, des problèmes de conflits de lois en matière d'admission et d'administration de la preuve⁹¹² ont été relevés par des auteurs⁹¹³ et justifient amplement qu'une harmonisation soit tentée.

[329] En droit OHADA⁹¹⁴, le principe logiquement à retenir par l'AUDC est celui de la liberté probatoire⁹¹⁵ et il trouve sa justification dans la souplesse et le besoin de flexibilité que requiert le commerce en général⁹¹⁶. Elle est aussi d'une importante justesse au regard du contexte africain qui comme nous venons de le montrer est empreint d'un réel particularisme oscillant autour de l'analphabétisme, de l'informel et s'opposant en conséquence au formalisme à moins qu'il vise une protection de la partie faible⁹¹⁷. Sur ce point l'AUDC ne commettra donc aucun impaire en s'inspirant des principes UNIDROIT⁹¹⁸. Comme principe, aucune preuve et aucun formalisme particulier ne devront

intégrante directement des droits nationaux. Cette pluralité se remarque ainsi au Bénin, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire, en Guinée, au Mali, au Niger, au Togo et au Sénégal qui ont des règles quasi-homogènes issues du Code civil français de 1958 et dont les lacunes devant les tribunaux sont complétées par le juge au regard de la jurisprudence et du droit français. L'exception partielle que constituent le Gabon et les Comores n'enlèvent aucune pertinence au constat précédent.

⁹¹¹ L'admission de la preuve : question de fond se retrouve dans le Code civil tandis que l'administration de la preuve est une question de procédure régie par le Code de procédure civile. Voir pour cette dernière en France, le *Code de procédure civile*, Chap. 7, Art. 132 à 332.

⁹¹² La question de la mise en œuvre de l'article 49 de l'AUS relatif à l'exigence d'un écrit pour le gage « sauf si la loi nationale de chaque État admet le liberté de la preuve en raison du montant de l'obligation » est soulevée et développée à juste titre par Barthélémy COUSIN, « La preuve internationale », Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA, RDAI/IBLJ, N° 3, 2011, spéc. p. 279 et 280. L'auteur attire l'attention sur d'autres sujets et propose justement une harmonisation conjointe du droit des obligations et de la preuve.

⁹¹³ Achille NGWANZA affirme que « la diversité des règles probatoires dans l'espace OHADA tient à deux facteurs principaux que sont la multiplicité des sources et le pluralisme philosophique [...]. Concrètement, les normes probatoires, qu'elles soient substantielles ou procédurales, peuvent facilement émaner de trois législateurs. ». V. A. NGWANZA, « La preuve à l'épreuve. Notes conclusives du Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA », RDAI/IBLJ, N° 3, 2011, spéc. p. 294.

⁹¹⁴ L'AUDC à l'origine comportait un seul article sur la preuve; Art. 1.3 alinéa 2 qui se lisait de la manière suivante : « Les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent ».

⁹¹⁵ Art. 5 AUDCG en droit OHADA et Art. 1.2 des PU.

⁹¹⁶ Le bail commercial OHADA n'est soumis à aucune formalité spéciale. Aucun écrit n'est formellement exigé pour sa formation. V. Art. 71 AUDCG.

⁹¹⁷ Les exigences de mentions obligatoires formalistes, certaines mentions manuscrites pour des contrats particuliers, certaines formalités telles l'enregistrement, des formes de publicité sont souvent édictées pour protéger la partie faible au contrat. Elles réduisent cependant la teneur du principe du consensualisme.

⁹¹⁸ C'est l'article 1.2 qui pose dans les PU les deux principes de liberté de forme et de preuve.

être requis pour la formation du contrat dans l'AUDC⁹¹⁹. On pourrait au soutien de cette consécration mentionner les nombreuses législations⁹²⁰ où le principe de la liberté probatoire est retenu et associé au commerce. Mais il y a aussi de nombreux auteurs dont le Doyen Melone qui l'ont énoncé bien avant l'heure :

« ... dans la perspective d'une modernisation du droit des contrats en Afrique, l'on puisse repenser le système de preuve en enlevant à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue dans la preuve des obligations. Insistant notamment sur l'importance donnée à la parole et au geste dans la formation du contrat au sein d'une société caractérisée par l'analphabétisme, l'Universitaire concluait à une nécessaire régression du formalisme dans la preuve des obligations contractuelles en Afrique. »⁹²¹.

[330] Au-delà des exemples du droit positif OHADA actuel⁹²², certaines réalités sociologiques africaines justifient cette consécration. Soulignons en matière de droit de la propriété sur les biens immeubles, la particularité des règles de preuve de l'ethnie *Kin*⁹²³ du Nigéria. Dans cette ethnie, la terre appartient au groupe et une personne l'utilise pour les besoins de sa famille et sa subsistance. À sa mort, cette personne ne transmet pas le bien immeuble à ses descendants directs mais ces biens retombent dans le patrimoine commun du groupe, quitte à être réattribués à une autre personne dans le besoin. Le décès d'un individu implique une redistribution de ses biens immeubles pour satisfaire équitablement les besoins de chacun des autres membres de l'ethnie. La propriété du bien immeuble chez les *Kins* ne se prouve donc pas puisque personne ne doit en principe revendiquer cette

⁹¹⁹ Félix ONANA ÉTOUNDI est du même avis. V. de cet auteur, « La preuve de la créance », Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA, RDAI/IBLJ, N° 3, 2011, p. 283.

⁹²⁰ La plupart des législations modernes retiennent ce principe. En France nous avons l'article 109 du Code de commerce; au Québec l'article 2831 et 2836 C.c.Q.

⁹²¹ Stanislas MELONE cité par ONANA ÉTOUNDI, *Ibid.*, p. 283.

⁹²² V. Art. 72 AUDCG pour la libre preuve du contrat de bail commercial à durée indéterminée. Art. 144 AUDCG pour la libre preuve du contrat de mandat. Art. 208 AUDCG qui pose la règle de la liberté de preuve par tous moyens y compris par témoins en l'absence d'un écrit dans le cadre de la vente commerciale. Art. 3 de l'AUDA pour la preuve par tous moyens de la Convention d'arbitrage. Art. 3 de l'AUCTMR qui dans son libellé sous-entend que l'accord quelle que soit sa forme, donne naissance au contrat de transport de marchandises par route dont l'existence se prouverait par tous moyens (Art. 4.4 du même AUCTMR).

⁹²³ V. Guy Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. Pedone, Paris, 1974.

propriété à titre individuel. Advenant une telle revendication, la preuve se fait de façon collective et libre et aucun écrit n'est exigé même pour les biens immeubles.

[331] Au-delà de la règle simple de liberté probatoire, un point particulier relatif aux modes de preuve mérite qu'on s'y attarde : celui de l'acceptation possible des récits oraux comme moyens libres de preuve en droit OHADA. Elle n'est pas régie par des règles précises en droit OHADA et dans les législations des États membres. Encadrée en droit judiciaire canadien, la liberté de preuve orale présente des similitudes effarantes avec les réalités probatoires africaines. Pour commencer, soulignons qu'une différence⁹²⁴ existe entre la tradition orale⁹²⁵ et l'histoire orale⁹²⁶ même si la Cour suprême du Canada dans le contentieux probatoire autochtone a souvent utilisé de manière interchangeable ces deux concepts⁹²⁷. La Cour suprême canadienne utilise une « approche contextuelle et téléologique [qui conduit le juge à ne] pas nécessairement s'en tenir au document pour déterminer la nature juridique et le contenu de l'entente intervenue »⁹²⁸ entre les parties. De façon concrète par exemple, lorsqu'il s'agit d'une revendication portant sur la preuve d'un titre foncier, la Cour a établi que l'on devrait démontrer de manière prépondérante que :

⁹²⁴*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007, BCSC 1700, paras 141 et 142 cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. cit.*, p. 12 accompagné des références de la page 13, note 10.

⁹²⁵ Tradition orale : « renvoie aux comptes rendus de récits transmis d'une génération à une autre. La tradition orale s'entend de la conservation de la connaissance par le verbe, que ce soit par le biais de légendes, de contes, d'histoires, de chansons, de récits et d'anecdotes », Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. cit.*, p. 13.

⁹²⁶ Histoire orale : « récit d'une personne qui a participé à l'événement ou qui a une connaissance de ce dernier puisqu'il est survenu de son vivant », Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. Cit.*, p. 13.

⁹²⁷ Voir notamment la trilogie *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010 et *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S., cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. cit.*, p. 11, note 6.

⁹²⁸*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, para 10, cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. cit.*, p. 16. note 22.

- *les ancêtres du peuple actuel occupaient, avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le territoire revendiqué*⁹²⁹. En Afrique, de nombreux peuples, groupes ethniques et clans revendiquent la propriété de bien immobilier sans pouvoir faire la preuve écrite irréfutable de leurs allégations. L'extension de la liberté probatoire, encadrée par la possibilité de vérification des récits oraux, la concordance des narrations et l'absence de preuve contraire irréfutable du contradicteur devrait permettre de rétablir ces peuples dans leur propriété. Certes il serait difficile de pouvoir insérer une telle ouverture dans le cadre textuel de la réforme actuelle. Toutefois, il nous semble que cette possibilité jurisprudentielle est une avenue que ne devrait pas ignorer le juge africain dans l'interprétation des modes de preuve et leur admissibilité en droit OHADA des contrats au regard des spécificités africaines mentionnées.
- *qu'il existe une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation ancestrale antérieure à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne*⁹³⁰.
- *Que l'occupation par les ancêtres du peuple actuel était régulière, suffisamment intensive et exclusive*⁹³¹.

[332] Pour prouver un droit de chasse ou de pêche par exemple, le juge canadien fera appel aux méthodes habituelles des peuples à l'époque du traité⁹³². En Afrique, en respectant les spécificités africaines, on devrait pouvoir prendre en compte ces facteurs culturels et réalités sociales propres aux espaces géographiques pour établir les droits en

⁹²⁹*Delgamuukw c. Colombie britannique, Op. cit.*, para. 139, 147 à 149 et 199, cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. Cit.*, p. 15, note 19.

⁹³⁰*Delgamuukw c. Colombie britannique, Op. cit.*, para. 153, cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. Cit.*, p. 15, note 20.

⁹³¹*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, Op. cit.*, para. 15, cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. Cit.*, p. 11, note 6.

⁹³²*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 25 et note 25, cité par Marie HOUDE et Ghislain OTIS, *Op. Cit.*, pp. 16 et 17, notes 25 et 26.

question. Bien entendu la condition première serait que les parties soient capables de faire la preuve de leurs allégations et la charge de la preuve leur incomberait toujours. Les obligations d'enquête et de vérification ne seraient en aucun cas à la charge du juge ou des instances judiciaires. Les juridictions africaines auraient pour rôle d'assurer un contrôle des allégations faites, de veiller à la bonne administration de la preuve effective et à la vérification de la concordance des faits portés à leur attention. Cette charge de la preuve demeure au justiciable au regard du besoin de célérité et d'efficacité du système judiciaire. Même si on a noté un glissement de la charge de la preuve à travers le rôle accru du juge⁹³³, nous ne pensons pas que cette solution malgré ses mérites⁹³⁴ est pertinente avec les problèmes de corruption et lenteur judiciaires en Afrique. Voilà entre autres façons la manière dont cette donnée africaine devrait être considérée en droit OHADA des contrats.

[333] Comme autre crédit de l'OHADA nous devons mentionner les innovations suivantes visant à intégrer des caractéristiques propres à l'Afrique. Prenant en compte l'illettrisme persistant dans certaines parties du continent africain, le législateur OHADA a déjà adapté certaines institutions mises sur pied. C'est en ce sens que des règles particulières de preuve s'appliquent à la caution analphabète en droit OHADA. De l'obligation d'une preuve formelle ou holographique⁹³⁵, on est passé à une preuve

⁹³³ F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », R.T.D.Civ., 1966, p. 736; J.-B. DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », R.T.D.Civ., 1977, p. 671, cité par Emmanuel JEULAND, « Modèle et preuve de l'acte juridique », dans Thierry REVET (Dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, L.G.D.J., tome 6, 2005, p. 218, notes 34 et 35.

⁹³⁴ Le juge peut ordonner une instruction si les arguments qui semblent véridiques d'une partie n'ont pas pu être démontrés. Ce système permettrait ainsi à une partie faible économiquement et qui n'aurait pas les moyens de prouver ces allégations de bénéficier d'une preuve établie par la juridiction. Le système est dangereux en ce sens qu'il peut entraîner un engorgement voire une paralysie de l'appareil judiciaire. Il laisse aussi penser à un système inquisitoire et pas celui accusatoire qui est celui de la majorité des États membres de l'OHADA.

⁹³⁵ Preuve par écrit mais de la main de l'auteur.

testimoniale assouplie⁹³⁶. En matière de vente commerciale⁹³⁷ de même que pour le contrat d'intermédiaire de commerce⁹³⁸, des adaptations probatoires ont été faites.

[334] N'oublions pas que des sûretés spéciales ont été créées comme le nantissement de stock et l'hypothèque légale conférée au prêteur de deniers affectés à une opération de construction immobilière⁹³⁹. Ces instruments justifient souvent que le législateur ait maintenu dans de nombreux textes OHADA⁹⁴⁰ l'écrit comme mode de preuve par excellence⁹⁴¹. Il aurait pu continuer en instituant des *sûretés sophistiquées telles que le nantissement de comptes d'instruments financiers*⁹⁴².

[335] En matière de preuve, la liberté consacrée est effectivement respectueuse des spécificités africaines sous réserve des quelques adaptations suggérées.

⁹³⁶ Les deux témoins doivent, suivant l'article 4 de l'AUPPOS devenu Art. 14 du nouvel Acte uniforme sur les sûretés, certifier la présence de la caution mais aussi que ce dernier a la compréhension exacte et juste quant à la nature et aux effets de son engagement.

⁹³⁷ V. Art. 208 AUDCG.

⁹³⁸ Art. 144 al. 2 AUDCG.

⁹³⁹ Jean-Claude JAMES, « L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone », dans Xavier HENRY (Dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, p. 555 et s., spéc. p. 573.

⁹⁴⁰ En plus des Art. 4 (cautionnement), 49 (gage) et 117 (hypothèque) de l'AUPPOS déjà mentionnés, on peut citer l'article 33 de l'AUPOPSRVE qui consacre la créance issue d'un titre exécutoire comme jouissant du mode de preuve par excellence; l'art. 10 de l'AUSCGIE sur le contrat de société; les articles relatifs à la cession de parts sociales notamment 876 (GIE); 275 (SNC); 297 (SCS); 317 (SARL); les articles 390 et 601 pour la souscription d'actions de sociétés par actions.

⁹⁴¹ Pour une opinion opposée depuis 1951, MEURISSE, « Le déclin de la preuve écrite », *Gaz. Pal.* 1951, II, 50.

⁹⁴² Jean-Claude JAMES, *Ibid.*

Paragraphe 2 : De l'intégration des coutumes contractuelles au droit OHADA⁹⁴³

[336] Il ne s'agit pas ici de chercher à restaurer d'anciennes coutumes telles qu'elles existaient par le passé⁹⁴⁴. Cette option de tentative de restauration *ab initio* des coutumes reviendrait à ce qu'un auteur a appelé la « théâtralisation de la vie sociale »⁹⁴⁵. Ce théâtre découlerait de l'absence ou du non respect de la *distance historique* et de la *distance culturelle*⁹⁴⁶. Cette distance qui permet avec le recul de se rendre compte qu'il est impossible d'avoir les mêmes ordonnancements coutumiers qu'auparavant. Pour l'heure, qu'est-ce donc que la coutume?

[337] La coutume a été définie comme une « norme de droit issue d'une tradition populaire constante et reconnue comme obligatoire. »⁹⁴⁷. Le professeur GHESTIN procède

⁹⁴³ Dans cette partie, il ne s'agit pas de prôner comme le sociologue Henri LEVY-BRUHL que la coutume est l'unique source du droit qu'il faille intégrer : Henri LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Coll. Que sais-je? N° 951, Paris, 1961, p. 61. La critique sera tout de même en accord avec nous si nous nous éloignons totalement de la conception kelsénienne dépassée qui relègue la coutume au dernier rang en ne lui reconnaissant aucune valeur juridique si elle n'est pas validée par la norme fondamentale qu'est la Constitution et ce même si elle est effectivement reconnue et appliquée par le groupe qu'elle régit.

⁹⁴⁴ Restaurer des coutumes telles qu'elles de nos jours constituerait l'opposé de la thèse de la réceptivité qui postulait au lendemain de la Seconde Guerre, la directe réceptivité des droits modernes dans les droits des peuples étrangers dont l'Afrique. Le précurseur de cette thèse fut Adolf F. Schnitzer qui fut repris plus tard par d'autres auteurs. Cet auteur, fervent défenseur de l'unification des droits, insistait déjà sur le « rapprochement spirituel des peuples » dus à l'effet de la globalisation des techniques et des idées mais retenait cependant que cette réceptivité était limitée dans des domaines tels que le droit des personnes et de la famille, des successions, de la propriété foncière. Voir Adolf F. SCHNITZER, « De la diversité et de l'unification du droit », Publications de l'institut universitaire des hautes études internationales, Genève, 1946, 111 pages, spéc. p.18; cité par Roch ADIDO, *Essai sur l'application du droit en Afrique. Le cas de L'OHADA. Aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, Thèse de doctorat, Université de Perpignan, CERJEMAF, 2000, p. 9.

⁹⁴⁵ Evariste BOSCHAB, *Pouvoir et droit coutumiers à l'épreuve du temps*, Bruylant Academia, Coll. Bibliothèque de droit africain, p. 25.

⁹⁴⁶ Concepts désignant un entre-deux qui, en herméneutique, permet entre autres de distinguer entre la narration de mémoire d'un fait passé et ce fait lui-même tel qu'il s'est déroulé de façon authentique ou encore es changements temporels et culturels que peut connaître un fait entre son déroulement et sa narration.

⁹⁴⁷ Hilarion Alain BITSAMANA dans le *Dictionnaire OHADA, Op. Cit.*, p. 214, spéc. p. 100, le réfère comme une « source non écrite du droit consistant dans un usage considéré comme obligatoire. La coutume est une règle de droit. Elle se dégage lentement et spontanément des faits et des pratiques habituellement suivis dans un milieu social donné et qui devient obligatoire indépendamment de toute intervention expresse ou approbation, même tacite, du législateur. La coutume présente l'avantage de correspondre parfaitement aux besoins et aux idées du groupe social et elle évolue avec lui, elle a le défaut d'être mouvante et imprécise. [...] ».

à une différenciation utile entre usage, pratique et coutume lorsqu'il élabore que « la pratique est une manière d'agir; l'usage est une manière d'agir ancienne, constante, notoire et générale; la coutume est un usage auquel on se conforme parce que l'on a conscience d'y être tenu »⁹⁴⁸. Sans vouloir entrer dans une théorisation du concept de coutume⁹⁴⁹, on retiendra simplement que certains courants en ont retenu une définition générale et statique tandis que d'autres l'ont perçu dans son aspect mouvant et évolutif⁹⁵⁰. Aucune des deux approches ne peut être exclue de nos jours. Autant de nombreuses coutumes sont statiques de nos jours et ainsi aisément identifiables, dans d'autres domaines, il en existe toujours de mouvantes qu'il faille identifier et structurer pour les fins de cette thèse.

[338] Dans notre thèse, la conception statique de la coutume prendra la forme de ce que nous avons dénommé des « tendances lourdes en matière contractuelle ». Il s'agit d'usages anciens mais qui ont encore une valeur contemporaine, une influence actuelle. Il sera référé à la conception dynamique à travers la notion de pratiques contractuelles qui révèle plus l'idée d'une actualisation au fil du temps.

[339] Au-delà de ces précisions terminologiques, deux différentes questions très liées mais utiles à distinguer se posent ici. Dans un premier temps nous avons la question très ancienne de l'enregistrement des coutumes africaines qui fut essayé⁹⁵¹ avec tous les aléas que cela comportait de même que les néfastes conséquences que nous détaillerons (A-).

⁹⁴⁸ Jacques GHESTIN, « Le rôle de la pratique dans la formulation du droit », Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXIV, 1983, p. 6.

⁹⁴⁹ Pour une approche certes théorique mais plus poussée basée sur une comparaison du concept de coutume avec celui de codification en fonction du droit interne et de textes du droit international, voir, Jean-Marc SOREL, « Notions juridiques et droit international », dans Guillaume TUSSEAU (Dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, Coll. Études juridiques, p. 127 et s., spéc. p. 128 et 129. Il y est présenté un contresens entre les notions de coutume et codification selon que l'on considère le droit international ou le droit interne comme support d'analyse.

⁹⁵⁰ Le professeur René DAVID, « La refonte du Code civil dans les États africains », *Penant* 1962, p. 353 affirmait que « passés et sujettes à fluctuation, les coutumes étaient non seulement diverses selon les lieux et selon les tribus, mais [...] par surcroît très instables ... ».

⁹⁵¹ À titre d'exemple on a le *Restatement of African Law Project* dirigé depuis la School of Oriental and African Studies de Londres à l'époque par le professeur Anthony ALLOT en 1959 et qui n'a jamais aboutit.

Dans un second temps, nous avons le besoin actuel d'intégrer ce qui apparaît toujours comme de lourdes tendances coutumières contractuelles ou des pratiques contractuelles faisant la particularité des relations commerciales en Afrique. À ce sujet, comment opérer cette intégration? La codification est-elle la méthode la plus appropriée? Ne peut-on pas envisager un recours au juge par une interprétation contextuelle et/ou utilitariste des textes, basée justement sur ces tendances coutumières lourdes? Autant de questions que nous essayerons de clarifier dans les lignes à suivre (**B-**).

A- La problématique de la rédaction des coutumes africaines

[340] De façon générale, la question du recensement par écrit des us et coutumes africaines a depuis la période coloniale intéressé les chercheurs⁹⁵², colons et autres acteurs de l'époque. Nous avons en mémoire la tentative britannique de recenser et mettre par écrit les coutumes de la ville indienne de Punjab⁹⁵³, celle des Allemands en Indonésie mais aussi celle française en Afrique de l'Ouest qui manifestement nous intéresse plus. Pour rester avec cette dernière, il faut dire qu'au plan interne, la France a elle-même essayé d'inventorier ses coutumes au 15^{ème} et 16^{ème} siècle avec principalement l'*Ordonnance de Montils-les-Tours* datant de 1453⁹⁵⁴. En Afrique, à part l'expérience *des coutumiers juridiques* de l'Afrique occidentale française, il y a eu effectivement d'autres tentatives

⁹⁵² Le Centre d'Histoire et d'Ethnologie juridiques de l'Université de Bruxelles a consacré en 1960 un colloque scientifique à cette question : *Comment procéder à la mise par écrit du droit coutumier?* On retrouvera les Actes de ce colloque sous le titre « La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent », Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1962, 339 pp., cité par John GILISSEN, *Préface* à l'ouvrage *Questionnaire d'ethnologie juridique appliqué à l'enquête de droit coutumier*, écrit par Jean POIRIER, U.L.B., Les Éditions de l'Institut de Sociologie, p. 6, note 1.

⁹⁵³ RATTIGAN's Diggest of Custumary Law in the Panjab, India.

⁹⁵⁴ Avant cette Ordonnance, il y avait cependant d'autres tentatives antérieures comme celle figurant au *Livre de Justice et Plet*; celle reprise dans *Le grand coutumier de France* ou encore le *Très Ancien Coutumier de Normandie*. La particularité de ces entreprises de codification antérieures est qu'elles étaient entreprises par des particuliers spontanément. Il s'agissait de personnages tels que BEAUMANOIR, Pierre de FONTAINES et autres.

éparses⁹⁵⁵ de recensement des coutumes et us des terroirs. Les travaux étaient effectués par des individus en fonction des besoins des territoires partagés à l'issue de la colonisation. Le rédacteur des coutumes ne tenait pas compte de la tribu au sens large ou de l'ethnie⁹⁵⁶ telle qu'elle apparaissait avant la colonisation mais se basait sur le canton ou le bourg qu'il avait administrativement à gérer suite au découpage administratif opéré par le colonisateur. C'est ainsi que des tribus comme les Mina du sud-ouest du Bénin et les *Ewe* du Togo à la frontière avec le Bénin ne purent en aucun cas bénéficier d'une complémentarité dans la tentative de rédaction de leurs coutumes communes. En effet, il s'agit de deux ethnies qui originellement partagent un bassin culturel similaire, proviennent de la même origine et ne furent divisées que par le colonisateur. Jusqu'à nos jours, elles continuent de partager au plan culturel, cultuel, religieux et des pratiques contractuelles de nombreuses similarités. Le constat est donc que les pratiques recensées étaient parcellaires et ne rendaient pas compte de toute l'étendue, la richesse et les subtilités importantes dont recelaient les coutumes étudiées dans la réalité quotidienne.

[341] On garde cependant à l'esprit que :

« The African restatement project exemplifies that any attempt to restate, record and codify customary laws would always only result in yet another competing set of rules about customary laws, but never a definite collection of rules.⁹⁵⁷ ».

[342] Il est donc important à l'heure de l'harmonisation du droit des contrats africain, de savoir raison gardée et renoncer à une codification de règles coutumières. Tout en

⁹⁵⁵ Eugène COTRAN, « The unification of laws in East Africa », Vol. 1, n° 2, *Journal of Modern African Studies*, pp. 209 - 220.

⁹⁵⁶ Pour une démarche contraire, considérant procédant d'abord par une caractérisation du groupe dont les coutumes sont étudiées, on lira Jean POIRIER, *Questionnaire d'ethnologie juridique appliqué à l'enquête de droit coutumier*, *Ibid.* p. 16. L'auteur y propose justement en prélude à toute tentative de rédaction de coutume, de se baser sur un questionnaire qui commence en tentant de caractériser le groupe concerné avec 10 éléments. Il insiste particulièrement sur le critère du nom qu'il précise à l'aide de 9 autres sous-éléments de caractérisation.

⁹⁵⁷ MENSKI, *Op. cit.*, p. 192, spéc. p. 459.

soulignant l'incommensurabilité du travail accompli, il faut insister sur la considération nécessaire des tendances lourdes en termes de pratiques coutumières à l'échelle africaine. Ce faisant, il ne faut plus prendre en compte les frontières nationales fictives et artificielles existantes du fait de la regrettable colonisation. La tentative d'intégration des tendances coutumières lourdes et pratiques contractuelles africaines doit être considérée globalement en lien direct avec le processus de mondialisation du droit et des économies. Certes la tâche semble impossible mais il s'agit de considérer ces spécificités africaines ci-dessus mentionnées⁹⁵⁸ et certaines pratiques⁹⁵⁹ faisant consensus sous l'angle de la recherche d'un plus petit dénominateur commun à prendre en compte pour que l'harmonisation du droit africain des contrats ne soit pas un simple décalque des droits internationaux étrangers dont il voudrait tirer simplement le meilleur.

[343] Les expériences de rédaction ont toutes souffert à plusieurs égards d'une absence criarde de systématisation⁹⁶⁰. Une autre difficulté majeure était l'apparente présence de biais personnels et l'influence des pré-requis et préconçus individuels des recenseurs et rédacteurs desdites coutumes qui consciemment ou non analysaient, appréciaient et

⁹⁵⁸ Voir toute la section 1 précédente identifiant les spécificités contractuelles africaines.

⁹⁵⁹ Voir la présente section 2 qui essaie de déterminer justement le plus petit dénominateur commun entre les pratiques éparses et diverses recensées à l'échelle africaine.

⁹⁶⁰ En général trois méthodes d'élaboration ont été suivies selon le professeur John GILISSEN, *Ibid.*, p. 232, spéc. p. 7.

1- la méthode dite empirique : elle équivaut à une absence pure et simple de méthode puisque les rédacteurs partaient des références de leurs propres systèmes modernes pour retenir les caractéristiques coutumières qu'ils constataient au quotidien. Ces coutumes étaient ainsi déformées en passant par le prisme de référentiels totalement différents.

2- la méthode de l'usage des travaux doctrinaux publiés par des juristes, ethnologues et autres fonctionnaires. Elle entraîne une déconnexion entre les coutumes décrites et l'évolution sociale qu'elles ont connues depuis leur publication.

3- la dernière méthode et de loin la plus répandue fut celle de l'établissement d'un questionnaire préalable. Elle fut utilisée pour la rédaction des coutumes du *Pendjab* en 1873, au Tonkin en 1927-1930 et en Afrique de l'Ouest francophone en 1930-1939. Jean POIRIER, *Ibid.*, p. 13 dénombre les questionnaires suivants antérieurs à sa proposition : a) LABOURET; b) Van ARENBERGH; c) Notes and queries du Royal Anthropological Institute en Grande Bretagne; d) Commission BREVIÉ; e) Questionnaire du Conseil économique et social de l'O.N.U. en 1950 et 1960 sur la condition de la femme. La plupart sont selon les propos de l'auteur « trop incomplets et trop juridiques ».

jugeaient les règles qui leur étaient contées par comparaison avec leur propre système. Il se produisait donc inévitablement une sorte d'épuration systématique préliminaire des coutumes qui étaient rédigées afin de les conformer aux standards coloniaux de l'époque. Cette épuration a pris encore plus corps dans les textes coloniaux qui ont été élaborés par la suite durant la même époque. Cette position a été particulièrement bien exprimée et étayée par le député nigérian AJAYI dans sa communication durant la *London Conference on the Future of Law in Africa*, du 28 décembre 1959 au 8 janvier 1960⁹⁶¹

[344] En France, avec l'*Ordonnance de Montil-les-Tours*, de 1453, l'objectif était de sécuriser le droit en mettant à la disposition des docteurs de la loi, des juges et des justiciables des registres des coutumes de France par région car ces dernières se perdaient. L'objectif fut quasiment atteint et l'insécurité juridique pouvant découler de cette méconnaissance fut réduite. En Afrique par contre, le même constat n'est pas identifiable. En effet, les africains continuaient à transmettre par les même méthodes⁹⁶² leurs us et coutumes et il n'y avait aucune méconnaissance desdites pratiques intergénérationnelles et par conséquent pas d'insécurité juridique y relative. Les difficultés surgirent du fait que le colonisateur procéda à une détribalisation⁹⁶³ des ethnies africaines. Il décida ensuite d'administrer lui-même la justice ou de la faire en donnant une place prépondérante à des

⁹⁶¹ Communication publiée en deux tomes sous le titre « The Interactions of English Law With Customary Law in Western Nigeria », *Journal of African Law*, Volume 4, 1960, n° 1, p. 40 pour la première partie et page 98 pour la seconde. La citation pertinente est tirée de la page 105 de l'article et se lit comme suit : « One way, then, in which legislation affects customary law is by attempting to prune off any of its rules which as a matter of policy are considered to be suitable objects of legislative prohibition. Suppression of rules in this manner is necessarily a civilising process and thus a means of attuning the moral tones of customary law to that of the new age ». Un exemple palpable est celui des jugements par ordalies qui furent à un moment répertoriés comme coutumes largement pratiquées dans de nombreuses régions en Afrique de l'Ouest, mais que des textes locaux administratifs rendirent illégal.

⁹⁶² Les méthodes de transmission des savoirs, coutumes et autres réalités africaines étaient orales pour la plupart et comprenaient les savoirs des sages; les connaissances des griots et autres gardiens des lignées généalogiques, des histoires tribales et autres; les charlatans et autres oiseleurs contribuaient également mais à une échelle microscopique de personnes initiées qu'ils choisissent.

⁹⁶³ La détribalisation ici se rapporte à la scission d'une tribu appartenant à un même groupe ethnique en plusieurs cantons administratifs. L'individu était séparé de sa tribu et de ses sources d'inspiration et d'apprentissage. Il se retrouvait appartenant à une autre réalité administrative ayant des intérêts administratifs parfois opposés alors qu'il s'agissait de ses frères par le passé. Une sorte d'application de la règle du diviser pour mieux régner sommes-nous tentés de dire.

chefs de cantons non investis de la charge sociale suivant les rites et procédés locaux, et ne connaissant pas lesdites coutumes à appliquer en marge des textes édictés par le colon. Cette situation a bien entendu été la source de l'insécurité et du besoin de rédiger les coutumes africaines car au fil des générations elles se perdaient par faute de transmission systématique.

[345] Une autre distinction majeure entre le processus de rédaction des coutumes en France et celui de l'Afrique ressort de la force obligatoire conférée à cette rédaction en France par le seul fait qu'elle soit produite dans le cadre d'un texte réglementaire. La promulgation de ces coutumiers suffisait en France à leur donner toute l'autorité nécessaire en droit positif. En Afrique par contre, les coutumes codifiées, malgré la scissure causée ne tiennent pas leur autorité de cette solidification des pratiques qui se retrouvent dans un texte de droit local. Au contraire ces coutumes africaines frigorifiées ont été dénaturées de toute évidence puisqu'elles ont continué à évoluer dans la réalité quotidienne sans faire l'objet de mise à jour constante dans les textes qui les reprenaient.

[346] Faut-il codifier les coutumes ou simplement les compiler de sorte qu'il en existe une source écrite consultable par les acteurs du droit économique et de la justice en Afrique? Des deux options il ne serait pas inutile de pousser vers une troisième voie qui est celle d'une compilation à vocation codificatrice des grandes tendances coutumières en Afrique. Nous penchons vraiment plus en faveur d'une compilation par domaine des pratiques et usages en vigueur à l'image des Incoterms⁹⁶⁴. En effet, les Incoterms sont une illustration de simplification des pratiques commerciales⁹⁶⁵, comptés comme l'une des plus

⁹⁶⁴ « Usages commerciaux, fruits de la pratique, qui plus que les règles édictées *in abstracto* par les droits étatiques, avaient progressivement fixé la plupart des obligations qui pèsent sur les parties au contrat de vente », Yves DERAÏNS et Frédéric EISEMANN, *La pratique des Incoterms*, Paris, Jupiter, 1988, n° 4, p. 4, cité par Filali OSMAN, *thèse précitée*, p. 43.

⁹⁶⁵ Filali OSMAN, *op. cit.*, p. 43, spec. p. 279 reprenant Jan RAMBERG, *The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in Transnational Economic Law*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, Kluwer, Deventer, 1980, V. II, 1982, pp. 137-151, spec. 138.

grandes réussites de la CCI dans sa tentative de codification des usages commerciaux. Pourquoi ne serait-il pas permis à l'OHADA d'opérer avec le temps un tel accomplissement?

B- La nécessité d'identification voire de codification des grandes tendances coutumières

[347] En droit africain, la traduction de la règle coutumière par écrit a de tout temps été reconnue comme étant une cause de sclérose⁹⁶⁶ de cette dernière. De façon plus particulière, le cadre de référence OHADA en droit des contrats proposé, est non seulement une œuvre réformatrice du droit des contrats africain mais il devrait être perçu par tous les africains comme un code, instrument de propagande - au sens positif du terme - de la culture contractuelle africaine et des intérêts africains sans pour autant rester en dehors de ce mouvement de mondialisation sans frontières du droit et de l'économie. Une sorte de codification circonscrite des grandes tendances coutumières est donc nécessaire à notre avis. Mais qu'entendons-nous par grandes tendances coutumières?

[348] Les grandes tendances coutumières en fait ce doit être des pratiques et usages acceptés dans un secteur donné et qui constituent comment le secteur réussit localement dans les faits à s'auto-réguler. Ces pratiques font partie intégrante de l'identité contractuelle africaine. L'identité contractuelle africaine (entendue à travers l'Avant-projet comme les "spécificités africaines"), fut-elle insidieuse, vaporeuse et trompeuse, doit être préservée à travers le cadre de référence. Pour preuve, de tout temps, les codes civils ont servi à concrétiser, raviver ou solidifier les mouvements sociaux d'un peuple, déjà

⁹⁶⁶ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1992, p. 42, rappellent à ce propos en faisant une comparaison avec les coutumes européennes médiévales que deux conséquences pouvaient découler de la rédaction de ces coutumes. Soit elles étaient considérées partiellement pour les règles certaines et donc lacunaires, soit elles étaient perçues comme un tout trop général et donc sujet à la perception du rédacteur.

construit sous forme de Nation ou aspirant à le devenir. Ainsi, Le Code civil allemand de 1896⁹⁶⁷ n'a été que la concrétisation juridique du mouvement social et politique d'unification des deux Allemagnes. Le code civil des Français quant à lui a suivi une exigence populaire de la révolution de 1789 et a confirmé l'aspiration sociale à une unité traduite juridiquement dans le Code civil, comme politiquement par la suite, une fois la Nation française affirmée. Le Code civil du Québec est aussi l'expression d'un projet fortement politique et idéologique⁹⁶⁸. Ce code est à bien des égards, la traduction d'un mouvement juridique nationaliste, au sens noble⁹⁶⁹ du terme.

[349] Les codes sont donc des instruments de propagande sociale, politique et culturelle : aux africains de le savoir et de s'en servir pour affirmer notre identité contractuelle, nos valeurs contractuelles et sociales. Jusqu'à une date récente, les actions du législateur colonial sont plutôt allées dans le sens de tuer les coutumes afin d'imposer ce qu'il pensait plus justes pour leurs colonies et qui s'alliaient bien avec des intérêts privés. Sans prétendre vouloir opérer une restauration de coutumes, nous⁹⁷⁰ désirons simplement souligner certaines pratiques africaines souvent corporatives subsistant au temps et à l'espace.

⁹⁶⁷ Une réunification politique a ainsi eu lieu en 1871 sous l'autorité politique de Bismarck. Ensuite ce fut la chute du mur de Berlin en 1989 qui a été le point culminant de la réunification de la république démocratique allemande (RDA) et de la république fédérale allemande (RFA) consacrée par le Parlement démocratique allemand en août 1990 et effectif le 03 octobre 1990. Source www.wikipedia.com. Allemagne, Consulté le 03 juin 2011

⁹⁶⁸ Sylvie PARENT, « Le *Code civil du Québec* : incivilité ou opportunité? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 15 et s.

⁹⁶⁹ Pour une opinion plus tranchée au sujet du Code civil du Québec, Voir, Pierre LEGRAND, « De la profonde incivilité du *Code civil du Québec* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 1 et s. Pour une opinion plus nuancée mais néanmoins critique, lire Sylvie PARENT, *Id.*

⁹⁷⁰ Dans ce sens, nous ne pensons pas comme Evarist BOSCHAB, *Pouvoirs et droit coutumiers à l'épreuve du temps*, Louvain-la neuve, Belgique, Académia, Bruylant, 2007, p. 131 que « le droit coutumier réapparaît de plus belle en s'imposant dans la résolution des conflits parfois même dans le sens opposé aux solutions proposées par le législateur. Cette belle revanche du droit coutumier qui, à force d'être caché, comme un enfant né hors mariage, par un père indigne, finit par révéler, avec fracas, à tous les passants, la véritable identité de son géniteur ». La situation est très sporadique et très ponctuellement décelable.

[350] La globalisation et la multiplication des nœuds de normativité se distinguant des États est ici une réalité non anodine à prendre en compte dans la tentative d'intégration des coutumes. Comment réellement procéder? Au regard des lacunes possibles d'une tentative africaine de recensement de pratiques contractuelles par des agents administratifs, la société civile, ou même des fonctionnaires publics ou gouvernementaux, il est plus que recommandable de confier cette tâche à l'organe judiciaire assisté de celui législatif. Il ne faut pas oublier que le but de cette tentative d'intégration des grandes tendances contractuelles est d'atteindre une meilleure administration africaine de la justice par et pour les africains. L'application des tendances recensées ne peut être effective qu'à travers les cas concrets soumis aux juges, magistrats et autres auxiliaires de justice en Afrique. Ce faisant, il ne s'agira plus d'une codification en tant que telle mais d'une adaptation des principes phares du droit contractuel aux spécificités africaines exprimées ici à travers les grandes tendances d'un secteur d'activités. L'identification de ces tendances est un travail qui revient à l'administrateur de la justice, assisté de spécialistes du domaine. Une réalité similaire découle à notre sens des INCOTERMS⁹⁷¹ du commerce international.

[351] Nous avons mentionné l'importance d'obtenir l'assistance du législatif. Cette assistance se matérialisera à travers l'élaboration de guides précis des pratiques non codifiées, propres à des domaines spécifiques. Cette élaboration prendra comme base des éléments fournis par les chambres de commerce nationales s'étant préalablement réunies. La société civile dans sa composante technique sera ainsi sollicitée. De nombreuses théories doivent par conséquent dans leur application être adaptées par les juges et magistrats en fonction des pratiques ayant cours dans le milieu et assez fortes pour être exprimées et reconnues comme telles.

⁹⁷¹ Pour International Commercial TERMS c'est-à-dire en français Termes commerciaux internationaux validé par la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International).

[352] Il est évident que ceci ne pourra se faire que si une connaissance effective de l'impact de ses réalités africaines sur l'effectivité du droit est connue de ces magistrats et juges. Ceci fait appelle au rôle de formateur de l'ERSUMA⁹⁷² et des autres centres nationaux de formation des juges, magistrats, notaires, avocats, huissiers, commissaires priseurs, etc. Ce rôle est primordial et revient en toile de fond. La tâche est colossale mais faisable. Les acteurs pourront considérer aussi entre autres points de départ sur la question, notre tentative de reformulation des piliers du droit contractuel contemporain à la lumière des spécificités africaines relatées. Ce sera, en partie, l'objet de notre seconde partie.

⁹⁷² Ce rôle est bien compris par l'institution qui a récemment sur fonds propres et grâce à l'appui de ses bailleurs de fonds créé des postes relatifs à la recherche, aux formations et aux stages en septembre 2012. Elle envisage également, sur recommandation du Conseil des Ministres, de changer sa dénomination afin de mieux en faire ressortir l'aspect "recherche".

CONCLUSION DU TITRE 2 :

[354] Suggérer des orientations fondamentales pour ce cadre de référence OHADA en droit des contrats était indispensable après avoir élaboré quant à ses modalités d'élaboration. Le chapitre premier nous a permis de préciser un axe d'orientation à justification duale. Primo, l'OHADA ne peut faire fi de sa vocation originelle qui est panafricaine de par le Préambule du Traité fondateur. Secundo, elle ne peut ignorer l'environnement mondial de rapprochement des systèmes juridiques. Mieux, elle ne peut ignorer ces Etats africains de tradition juridique *common law* qui augmentent fortement le flux des échanges économiques intracommunautaires.

[355] La réalité théorique de sa nature juridique complexe et singulière, combinée au besoin pratique de renforcement des échanges économiques intracommunautaires a ainsi justifié qu'une ouverture de l'OHADA au *common law* soit préconisée comme orientation fondamentale. Il s'agit cependant d'un processus progressif, soutenu par les besoins précis du commerce intracommunautaire africain. Ces besoins devront être déterminés à travers des études de terrain consécutives à la mise sur pied d'un plan quinquennal de consolidation de l'Organisation. Il ne s'agira pas pour l'OHADA de s'ouvrir aux pays et principes de *common law* et finir par sombrer faute d'avoir voulu trop embrasser.

[356] Le second chapitre répond à une lacune congénitale de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats OHADA : celui d'avoir mal soupesé au départ la portée et la sensibilité des spécificités africaines. Le mérite des développements y afférents est peut-être d'avoir tenté de démontrer que même si elles sont difficiles à isoler, ces spécificités existent véritablement et qu'il est impératif qu'elles soient intégrées dans la réforme. Elles prennent diverses formes, pas souvent contractuelles, qui ont pu faire l'objet de précision. Leur intégration effective, loin d'être une simple vue de notre esprit, est

proposée concrètement sous forme de grandes tendances coutumières. Difficiles à codifier, elles créent cependant, chaque fois que systématisées, la marque distinctive du droit africain des contrats. Cette marque distinctive se constate suite à leur confrontation avec quelques principes contractuels phares, propres à l'Afrique, tels que l'oralité du contrat et la liberté de preuve.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

[357] Le processus intellectuel de délimitation d'un cadre de référence OHADA en droit des contrats s'est avéré long et parsemé d'obstacles juridiques, anthropologiques, socio-politiques et économiques que nous avons pour les uns précisés, pour les autres relativisés. En effet, notre démarche méthodologique semble d'autant plus corroborée que cette première partie révèle que les enjeux clarifiés sont importants et débordent effectivement le cadre strictement juridique. Après ces incursions interdisciplinaires, nous pensons avoir dégagé les réels enjeux de cette élaboration.

[358] Et pourtant, avec les enjeux démystifiés et les orientations fondamentales théorisées, les jalons du cadre de référence OHADA en droit des contrats ne sont toujours pas posés. En réalité, ce balisage juridique n'est qu'un préalable indispensable pour une construction de la charpente structurelle du cadre de référence. C'est ce qui nous occupera dans notre **SECONDE PARTIE**.

SECONDE PARTIE : L'élaboration substantielle d'un cadre de référence OHADA

« Les États africains doivent éviter de commettre l'erreur qui a été commise au XIX^e siècle en Europe, lorsque, à la suite des codifications nationales, on a abandonné l'idée de droit commun », René David⁹⁷³

[359] « L'Afrique dispose de tous les moyens de se réappropriier la confection de [son droit des contrats] et la maîtrise de son évolution. La conséquence en sera vraisemblablement que ce droit ne sera pas guidé par le seul souci de respecter les tendances de la mondialisation du droit. [...]. Cela suppose vraisemblablement que ce nouveau droit des affaires fasse une place aux traditions africaines trop absentes du droit actuel »⁹⁷⁴ et devant la conduire à la croissance économique conformément au dessein des pères fondateurs de l'OHADA⁹⁷⁵.

[360] Parlant de l'importation des règles britanniques en Afrique, Sir Kenneth Roberts-Wray insistait sur le fait que cette transplantation requérait une « radicale adaptation »⁹⁷⁶. Sans prétendre qu'en matière contractuelle, la mise en contexte des principes généraux du droit des contrats sera radicale, nous pensons que certaines subtilités méritent d'être soulignées dans l'élaboration de ce droit proprement africain des contrats. Mais avant toute chose, rappelons brièvement pourquoi cette adaptation est nécessaire.

⁹⁷³ René DAVID, « La refonte du code civil dans les états africains », *Penant*, n° 690, Janv.-fév.-mars 1962, pp. 352 - 364, spéc. p. 362, 2^{ème} paragraphe.

⁹⁷⁴ Jacques DAVID, « Avant-propos », dans Paul-Gérard POUYOUÉ (Dir.), *L'encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Déc. 2011, p. XV.

⁹⁷⁵ Cf. la citation de Kéba MBAYE, « L'OHADA est un outil juridique imaginé par les Africain pour servir l'intégration juridique et la croissance en Afrique. »

⁹⁷⁶ Kenneth ROBERTS-WRAY, « The Adaptation of Imported Law in Africa », *Journal of African Law*, Vol. 4, 1960, n° 2, p. 66. L'auteur y affirme que : « ... the rule of English law [...] require radical adaptation for Africa, whether they are good enough for this country or not ».

[361] Comme le soulignait le Doyen Bokalli, la condescendance et la supériorité assumée par le colonisateur et acceptée par les dirigeants africains de l'époque, a permis de noter que « les lois métropolitaines étaient servilement reproduites dans les colonies, sans qu'elles aient au préalable subi la moindre adaptation »⁹⁷⁷. Nos propositions ici prendront en compte le fait que les normes actuelles régissant le contrat dans l'espace OHADA subissent de nombreux phénomènes externes que sont :

- l'usure du temps⁹⁷⁸. En effet plusieurs décennies sont passées depuis les dernières réformes des droits nationaux des États membres de l'OHADA.
- L'usure de l'espace⁹⁷⁹. L'espace auquel nous nous référons ici est social, économique et culturel. En effet sans que les frontières nationales géographiques aient changé, il est évident que sociologiquement, économiquement et culturellement, les peuples ont évolué différemment depuis les dernières réformes.

[362] Les cultures avec la mondialisation se mélangent drastiquement⁹⁸⁰. Une adaptation substantielle ou mieux contextuelle des principes traditionnels du droit contemporain du contrat aux saveurs contractuelles africaines est donc nécessaire. Mais à quels principes contractuels traditionnels nous référons-nous? Le principe est « une règle juridique établie

⁹⁷⁷ Victor Emmanuel BOKALLI, « Le nouveau droit du contrat d'assurance des États membres de la CIMA », *Lex lata*, n° 9 du 15 février 1995, p. 37 cité par Ibrahim ABDOURAOUFI, *Les clivages entre civilistes et juristes de common law dans la perspective d'un droit africain des affaires*, Thèse de doctorat, Université de Lyon 3, inédit, page 20, note 13.

⁹⁷⁸ Une partie de cet impact a été abordée dans les effets de la référence aux Principes UNIDROIT. Voir notre thèse, Partie I/ Titre 1^{er}/ Chapitre 1^{er}/ Section 1/ paragraphe 1^{er}.

⁹⁷⁹ Voir la définition de l'espace OHADA que nous offrons dans notre introduction. Cette définition est géographique essentiellement quoique la nuance avec un espace juridique OHADA ait été faite. (p. 8 et s.)

⁹⁸⁰ Karim BENYEKHEF (Dir.), *Les cultures du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, 163 pp. en collaboration avec le Regroupement Droit et changements et le Centre de recherche en droit public; Anne - Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, N.J. ; Oxford : Princeton University Press, 2005, disponible en ligne en accès réservé au <http://lib.myilibrary.com/Open.aspx?id=215749>, consulté le 27 avril 2012.

par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »⁹⁸¹.

[363] Nous commencerons avec les principes théoriques formant les grands axes du droit contemporain comparé des contrats⁹⁸² que nous mettrons au goût de la réalité pratique du terrain en Afrique. Ces grands principes seront d'abord abordés selon qu'on les rencontre dans la formation du contrat ou la survivance du lien contractuel notamment durant son exécution (**Titre 1^{er}**). La délimitation du CCR OHADA continuera ensuite avec les principes rencontrés au seuil et après l'exécution ou l'inexécution du contrat. Nous nous attellerons pour finir à la confrontation de l'ensemble ainsi élaboré de *lege ferenda* aux autres expériences étrangères d'harmonisation du droit des contrats pour en jauger la pertinence (**Titre 2**).

⁹⁸¹ Voir G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 2^e édition Quadrige/ PUF, Paris, 2011.

⁹⁸² Le professeur Paul-Gérard POUGOUE repris par Dr Félix ONANA ETOUNDI parlait « de ce qu'on peut considérer comme des principes directeurs modernes et largement partagés en droit comparé des contrats ». Ce dernier cite à ce propos, la bonne foi et la loyauté contractuelle; les attentes légitimes des contractants, la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances, le principe de résolution unilatérale pour inexécution essentielle, etc. Précisons qu'il s'agit là des principes acceptés et qui ne font pas l'objet de grandes controverses doctrinales à l'exception de la procédure de résolution unilatérale et du *hardship* ... Nous les abordons tous dans notre construction en y ajoutant les questions plus épineuses de la cause et de la *consideration*, des sanctions des différentes violations, de l'interprétation du contrat en contexte africain, etc.

TITRE 1^{ER} : De l'avant-contrat à la pérennité du lien contractuel

[364] Même si la notion d'Avant-contrat⁹⁸³ est utilisée, il est important de façon liminaire de préciser que dans cette partie nous traiterons des principes clé⁹⁸⁴ guidant la construction théorique de la période précontractuelle. Certaines questions spécifiques⁹⁸⁵ et autres sujets y relatifs⁹⁸⁶ ne justifient plus d'être traités à nouveau⁹⁸⁷ ou lorsque nécessaire, ne seront abordées qu'à la lumière de ces principes fondamentaux. En effet, dans l'avant-contrat il n'existe d'autre principe directeur majeur que celui de l'autonomie de la volonté⁹⁸⁸. C'est donc autour des déclinaisons africaines de ce principe que nos développements s'étaleront. Pour y arriver, nous commencerons en traitant donc dans une première sous-partie certains éléments spécifiques de formation du contrat d'intérêt pour un Cadre de référence OHADA

⁹⁸³ Le précontrat ou avant-contrat recouvre la période précontractuelle entendue strictement comme la période des négociations. Celles-ci peuvent être formalisées sous la forme d'avant-contrats ou contrats préparatoires.

⁹⁸⁴ Les principes retenus le sont sur la base des éléments fondamentaux retrouvés dans toute théorie générale des contrats et étant sujet à controverse dans le cadre de l'harmonisation du droit des contrats de l'OHADA. Il s'agit essentiellement de l'autonomie de la volonté et ses déclinaisons; de la *favor contractus*; de la cause et la *consideration*; de la bonne foi; du *hardship*.

⁹⁸⁵ Concrètement on peut aborder dans l'avant-contrat les problèmes posés par l'offre et l'acceptation, le pacte de préférence; la promesse de contrat; le contrat conditionnel; la promesse unilatérale et synallagmatique de contrat; les indemnités d'immobilisation; les conséquences de la rupture des pourparlers et de la violation des avant-contrats; les accords de principe; les gentlemen's agreement.

⁹⁸⁶ Certains sceptiques de l'harmonisation et spécifiquement de la construction d'un droit des contrats harmonisé nous reprocheraient de laisser de côté ces éléments. En effet, ils argueraient que si ces thèmes justifient l'existence d'une théorie générale des contrats on ne peut les exclure. Sans ces éléments il n'y a pas de théorie générale et ces éléments non harmonisés seraient la cause d'une dés-harmonisation du droit des contrats OHADA. Il est vrai qu'en ne les traitant pas, nous semblons réserver chacune de ces thématiques à être régie par chaque droit national ce qui nous ramènerait au point de départ puisque face à ces problèmes on ne saurait toujours pas quel droit précis s'applique et l'incertitude juridique demeurerait. Cependant il est important de préciser que notre prémisse est qu'aucun de ces sous-thèmes ne pose un problème majeur soulevé par les acteurs dans le cadre de cette réforme. Aussi, une bonne partie de sous-thèmes spécifiques est déjà harmonisé par effet d'entraînement et le sera encore plus suivant la jurisprudence au fur et à mesure sur la base des principes généraux de la théorie élaborée.

⁹⁸⁷ Quand on considère la question classique de l'offre et de l'acceptation citée plus tôt et parfaitement clarifiée par les textes de la CVIM et la jurisprudence y afférente, on trouve une excellente justification du choix de ne pas la traiter spécifiquement dans la parfaite similarité entre les prévisions de l'Avant-projet OHADA des contrats (2.12 à 2.22), les Principes UNIDROIT (2.1.2 à 2.1.11) et les dispositions de la CVIM traitant de la question (Art. 14 à 24); ces dispositions ayant inspiré fortement l'AUDCG de l'OHADA.

⁹⁸⁸ *Contra* en droit québécois, Brigitte LEFEBVRE, « La justice contractuelle : mythe ou réalité », *Les Cah. De Dr.*, vol. 37, n° 1, 1996, p. 17-30.

en droit des contrats (**Chapitre 1**). Nous poursuivrons nos développements avec les piliers permettant de déployer les effets du contrat tout au long de son exécution (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : Quelques éléments de formation du contrat

« Même si une des parties change d'avis et estime le contrat moins avantageux qu'elle ne le pensait, elle est liée par son acceptation », Coutume Bayeke; coutume Bahunde; coutume Ruanda, cité par Jean Sohier⁹⁸⁹

[366] Cette affirmation de plusieurs coutumes contractuelles africaines, rapportée par Jean Sohier prouve, à quelques différences près, que les principes de formation du contrat sont les mêmes que ceux contemporains actuels. On constatera volontiers que lorsqu'on parle de formation du contrat, les codes des obligations civiles et commerciales des États africains⁹⁹⁰ comme le droit français des contrats⁹⁹¹ ont pour la majorité retenu quatre conditions majeurs que sont : le consentement, la capacité de contracter, un objet et une cause licites et déterminés ou déterminables⁹⁹².

[367] Il est reconnu que le consentement constitue le « cœur de l'acte juridique »⁹⁹³ et que les autres conditions ne font que tempérer ou préciser les modalités du consentement⁹⁹⁴. Fort de ce constat, nous consacrerons notre première section aux principes phares encadrant l'expression du consentement dans la formation du contrat notamment la liberté contractuelle et le consensualisme. Ces deux principes, corollaires de l'autonomie de la

⁹⁸⁹ Jean SOHIER, *Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumières du Congo et du Rwanda-Burundi (jusqu'au 31 décembre 1953)*, Larcier, Bruxelles, 1957. V. maxime n° 5, p. 200.

⁹⁹⁰ Voir. Art. 47 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais par exemple.

⁹⁹¹ Le droit français a ajouté notamment le quasi-contrat à l'origine.

⁹⁹² La notion de cause sera détaillée plus loin dans son acceptation et son inexistence dans les deux systèmes juridiques principaux objet de notre thèse. V. Partie 2/ Titre 1^{er} / Chapitre 1/ Section 2, p. 260 et s.

⁹⁹³ Georges RIVES, « Théorie générale des obligations en droit sénégalais », *Revue sénégalaise de droit*, Déc. 1971, n° 10, p. 13.

⁹⁹⁴ Paraphrase de P. BOUREL, « La formation du contrat en droit sénégalais : Réflexions sur la modernité du code des obligations civiles et commerciales », *Revue sénégalaise de droit*, Sept. 1969, n° 6, p. 31 et s.

volonté, seront analysés au titre des fondements du contrat. Le contrat évoluant aujourd'hui dans un monde global, des questions d'efficacité économique sont souvent évoquées au nombre des préoccupations à considérer comme devant fonder ce dernier. Ces considérations ramenées dans le contexte de l'OHADA nous conduisent dans cette première section à une tentative de relecture des fondements du contrat entre l'autonomie de la volonté et la *favor contractus* (**Section 1^{ère}**).

[368] Nous ne traiterons pas spécialement de la capacité de contracter qui est régie par les droits nationaux et posait le problème majeur des limitations autrefois prévues pour le statut de la femme mariée⁹⁹⁵ par exemple. Le droit OHADA a définitivement réglé cette question⁹⁹⁶. Sera aussi laissé pour compte l'objet du contrat en ce qu'il ne soulève aucune question litigieuse majeure découlant des débats sur l'harmonisation⁹⁹⁷. Du moins ne soulève-t-il pas autant de passion que la question de la cause et de la considération dans les deux systèmes juridiques qui elle, est le terreau fertile d'idées préconçues entre les deux traditions juridiques majeures en présence (**Section 2**).

SECTION 1 : La relecture africaine des fondements du contrat

[369] Alors qu'on pourrait être tenté de croire en amont que les développements récents autour de la *favor contractus* sont l'élément nouveau qui oblige à une relecture des fondements du contrat (**paragraphe 2**), une analyse en aval laisse apercevoir que le

⁹⁹⁵ Art. 7 al. 2 concernant spécifiquement le statut de la femme mariée.

⁹⁹⁶ Art. 7 (mineur, femme mariée), 8 et 9 (incompatibilité) et s. AUDCG.

⁹⁹⁷ La question de l'objet de la réforme notamment son champ d'application, à distinguer de l'objet du contrat, a été traitée dans la 1^{ère} partie/Titre 1^{er}/Chapitre 2 de nos écrits.

principe classique de l'autonomie de la volonté peut être appréhendé autrement dans la conception africaine du contrat (**paragraphe 1**) comme il a pu en être le cas sous d'autres cieux⁹⁹⁸.

Paragraphe 1 : L'autonomie de la volonté dans la conception africaine des contrats

[370] D'un point de vue philosophique, l'autonomie de la volonté a son origine chez les canonistes⁹⁹⁹ avec le *pacta sunt servanda* et la volonté de ne pas faire de déclarations mensongères. Sur ce point l'Afrique était, est, et demeurera régie par une multitude de forces surnaturelles, en général irrationnelles, qui peuvent dicter différents types de comportements pas toujours en accord¹⁰⁰⁰ avec le principe du *pacta sunt servanda*¹⁰⁰¹.

[371] D'un point de vue économique, l'autonomie de la volonté se réclame du libéralisme qui ne peut être directement rattaché à l'Afrique. La société africaine était caractérisée par une liberté strictement encadrée par des mécanismes coutumiers et religieux entre autres, contrairement à la loi du libre marché. Cet encadrement permettait de constater que la liberté de marché était strictement encadrée. L'encadrement était favorisé par les inégalités

⁹⁹⁸ Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale du contrat pour sortir du dogmatisme », Cah. De dr., vol. 26, 19985, p. 1045, cité par Brigitte LEFEBVRE, *Ibid.*, p. 19, note 4 ou Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », Dalloz, vol. 1, 1982, chron. 1, p. 1.

⁹⁹⁹ C'est ce raisonnement canoniste que ROUSSEAU a poussé à l'extrême pour faire de la volonté du citoyen, un contrat social que nous formons tous et chacun dans la société.

¹⁰⁰⁰ Que dire du contractant qui refuse d'honorer son engagement, effectuer une prestation caractéristique de mise à mort de bétail ou de cuisson d'un repas spécifique pour un festin alors qu'il en a reçu paiement complet du prix au motif qu'il a découvert que son « totem familial » lui interdisait d'effectuer de tels travaux ou que l'oracle le lui interdisait après qu'il soit allé le consulté.

¹⁰⁰¹ Ce principe de la force obligatoire du contrat logé dans le code civil français à l'article 1134 est néanmoins repris dans l'AUDC à travers la formulation de l'art. 1.4.

sociales en Afrique¹⁰⁰². On peut donc questionner également la pertinence de ce fondement économique de la théorie en Afrique. Toutefois, arrêtons-nous là pour analyser les corollaires juridiques de cette théorie de l'autonomie de la volonté dans le contexte africain.

[372] Au-delà de ces éléments introductifs de cette théorie ramenés au goût des réalités africaines, on ne rappellera jamais assez que le principe de la liberté contractuelle¹⁰⁰³ est le terrain d'expression principal de la volonté dans la formation du contrat. Ceci justifie que nous ayons choisi de consacrer nos développements à ses déclinaisons dans le contexte africain de l'OHADA (A-). Le principe de la liberté contractuelle a pour pendant celui du consensualisme opposé directement au formalisme dans la formation du contrat. Nous y consacrerons les développements qui suivront (B-).

A- La liberté contractuelle

[373] La pensée contractuelle libérale voyait dans la volonté, la source essentielle des obligations. Les individus se retrouvaient ainsi acteurs majeurs et parfois exclusifs de la création et de la survie du lien contractuel. En Afrique, cette conception est à relativiser par l'importance accordée à la communauté, au groupe social sur l'individu. On rappellera la conception africaine antique selon laquelle l'individu n'est ce qu'il est que parce qu'il est dans la société. Il doit même pleine allégeance au Roi ou Chef dans la jouissance de sa liberté. Propriété collective et parenté directe comme indirecte influençant toute action

¹⁰⁰² Il y avait des incapacités de contracter dues au sexe, à l'appartenance à une tribu ou à un clan, une caste, à la catégorie sociale particulière du groupe à laquelle on appartenait; des différenciations dans l'administration de la preuve des obligations, dans la force donnée au témoignage de certaines personnes sur d'autres indépendamment de leur connaissance des faits du contrat; autant de réalités qui faussaient le jeu de l'autonomie de la volonté.

¹⁰⁰³ Troisième pilier du droit à travers le contrat selon Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^{ième} éd., L.G.D.J., 2001, p. 313 et s., son étude est plus que justifiée.

sociale, ont eu des impacts sur le concept de liberté contractuelle. La réelle question est de savoir si ces impacts sont toujours majeurs et s'il faille s'en inspirer pour revisiter et reformuler le principe de la liberté contractuelle en droit contractuel africain.

[374] Les sociétés africaines précoloniales étaient très hiérarchisées et féodales. Les individus ne naissaient pas forcément entièrement libres et égaux, ce qui aurait pu expliquer aisément le postulat Rousseauiste¹⁰⁰⁴ de leur liberté de pensée, de parole, de volonté. Cependant, *a contrario*, une totale liberté des individus dans le cercle social qui est le leur et qui se limitait à l'ethnie, au groupe folklorique, à la classe sociale, au groupe professionnel, confessionnel, etc. pouvait se constater. Cette liberté encadrée existait entre les populations et était de mise dans leurs activités ce qui permet de retenir *grosso modo* la liberté contractuelle comme principe majeure du contrat en Afrique.

[375] C'est fort de cela qu'on peut saluer la rédaction de l'art. 1.1 de l'AUDC qui retient ce principe phare du droit des contrats. La liberté contractuelle est en effet un des piliers du droit contemporain des contrats et une des valeurs théoriques partagées par l'Afrique en matière de contrat. Cette liberté contractuelle des contractants n'exclut cependant pas le fait qu'ils demeurent socialement tenus de tout faire pour s'entendre, la société les y aidant par tous les moyens¹⁰⁰⁵. Mieux, en cas de survenance d'un problème, la société leur

¹⁰⁰⁴ Voir notamment la présentation de ce postulat que fait le doyen Boris STARCK, *Droit civil. Obligations*, Librairie Techniques, Paris, 1972, p. 340 et s. spéc. n° 1013.

¹⁰⁰⁵ Déjà le contrat a pu être présenté et surtout célébré comme une entente entre deux groupes ou clans et pas une convention entre deux individus. L'exemple typique étant le mariage mais les contrats commerciaux suivaient également le même principe. Les difficultés autorisent donc *de facto* le clan ou le groupe à intervenir autant que possible pour sauver le contrat pour lequel on a bu et mangé. On affirme ainsi que « nul n'a le droit de laisser se verser le contenu de la bouteille à laquelle on a trinqué » ou encore « de laisser se briser la jarre qui a servi de contenant au repas » en référence aux libations, mets et autres boissons consommées à l'occasion de la célébration de l'entente. La bouteille et la jarre étant ici assimilées au contrat. On entrevoit aussi ici l'idée de la *favor contractus* sur laquelle nous reviendrons.

demandera des sacrifices¹⁰⁰⁶ pour le respect de cet engagement qu'elle les avait aidées à conclure sur la base de leur liberté manifestée.

[376] C'est en ce sens que le devoir de coopération¹⁰⁰⁷ opposé à l'individualisme juridique¹⁰⁰⁸, a été jugé inopérant sous d'autres cieux mais est en réalité celui qui traduit le mieux l'essence du contrat en droit OHADA à la suite directe de la liberté contractuelle. C'est une des valeurs africaines du contrat. Christophe Jamin¹⁰⁰⁹ ne pouvait se douter, lui qui faisait un plaidoyer pour le solidarisme contractuel¹⁰¹⁰, que cette théorie difficilement concevable en Europe et en Amérique individualiste, constituait la réalité contractuelle à quelques nuances près en Afrique. Le « collectivisme social »¹⁰¹¹ se prête bien en Afrique à un solidarisme contractuel effectif. La conception relationnelle¹⁰¹² du contrat elle aussi,

¹⁰⁰⁶ Parfois assimilables à la théorie du solidarisme contractuelle qui n'est à nos yeux que la manifestation juridique théorisée de la solidarité contractuelle exigée par la société africaine, le groupe des contractants.

¹⁰⁰⁷ François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit*, Vol. 43, 1999, p. 259 et s.

¹⁰⁰⁸ Pour les premières approches critiques, V. Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912

¹⁰⁰⁹ Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEUX et autres (dir.), *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441

¹⁰¹⁰ Pour des références sur la question, V. Horatia MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 183 ; Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004 ; Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », (2004) 4 R.R.J. 2153 ; Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel. Un regard franco-québécois*, Montréal, Éditions Thémis, 2005 ; Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis, Litec, 2006.

¹⁰¹¹ Emmanuel DARANKOUM, « L'avant-projet OHADA sur le droit des contrats : enjeux et perspectives », dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 134 et s., spéc. p. 137.

¹⁰¹² Sur la question, V. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude socio-juridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 ; Jean-Guy Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *Conférences Meredith 1998-1999. La pertinence renouvelée du droit des obligations. Retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137 ; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1998-1999) 44 R.D. McGill 903 ; Horatia MUIR WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François OST », dans *La relativité du contrat. Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées nationales tenues à Nantes en 1999*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 169 ; ou encore l'importante littérature de Ian R. MACNEIL dont notamment, « The Many Futures of Contracts », (1973-1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691 ; Ian R. MACNEIL, « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », (1977-1978) 72 Nw. U.L. Rev. 854 ; Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980 ; Ian R. MACNEIL, « Economic Analysis of Contractual Relations. Its

partage ceci de la réalité africaine qu'elle rapproche les cocontractants. En effet dans la conception africaine du contrat, l'équivalence des prestations n'a pas la même valeur que la conception matérialiste nord-américaine ou européenne¹⁰¹³. Il est rarement fait cas à ce propos des liens matrimoniaux ou devoirs d'alliance, des rapports des aînés aux cadets¹⁰¹⁴ qui peuvent conduire un contractant africain dans l'expression même de sa liberté contractuelle à ne pas exiger le même prix d'un autre simplement parce que ce dernier connaîtrait son épouse ou un membre de sa famille dont il serait particulièrement proche.

[377] La théorie contractuelle dans le vieux continent noir se trouve ainsi malmenée au gré de cette saveur relationnelle africaine que les ouvrages en droit des contrats ne peuvent décrire. Ceci justifie bien que l'autonomie de la volonté se traduisant en liberté contractuelle soit donc revisitée en Afrique pour en déceler la saveur particulière.

[378] La liberté contractuelle¹⁰¹⁵ et la seule volonté de l'individu n'étaient pas suffisantes pour la validité du contrat en Afrique. Par exemple au Bophuthaswana, « un échange en ce qui concerne la propriété de famille faite par un membre ordinaire de la famille sans

Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus" », (1980-1981) 75 Nw. U.L. Rev. 1018 ; Ian R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », (1983-1984) 78 Nw. U.L. Rev. 340 ; Ian R. MACNEIL, « Relational Contract : What We Do and Do Not Know », (1985) Wis. L. Rev. 483, cité par André BELANGER, Viorel-Dragos MORARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », Les Cahiers de droit, Vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 56, note 9.

¹⁰¹³ L'équivalence des prestations en Afrique est plus large et constitue un mélange entre ce qui est juridique (parlant de juridicité et pas de licéité) en Afrique mais qui en même temps peut ne pas l'être dans la conception occidentale. C'est le cas des échanges de promesses entre des individus et Dieu. Pour quelques développements à ce propos, V. Salvatore MANCUSO, « Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t-il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique? ». Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, organisé par l'ERSUMA du 26 au 28 octobre 2011, Publications de l'ERSUMA, p. 322 et 323. Rodolfo SACCO en parle également dans *Le droit africain, Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁰¹⁴ Sur la base de ces rapports de types particuliers par exemple, les produits échangés ne peuvent être confrontés ou comparés entre eux. Les divers modes de circulation choisis permettent de déterminer la valeur des biens qui ne peuvent pas toujours être mis en équivalence sur la base des comparaisons des économies occidentales de marché. V. Claude MEILLASSOUX, « Essai d'interprétation du phénomène économique dans les sociétés traditionnelles d'autosubsistance », dans *Cahiers d'études africaines*, Vol. n° 4, 1960, pp. 38-67, spéc. p. 55, 56 et s. Disponible égal. sur www.persee.fr, dernière consultation le 05 février 2013.

¹⁰¹⁵ Malgré toute sa volonté, l'individu est impuissant et incapable de contracter avec comme objet des biens collectifs à moins qu'il soit le chef de clan, de tribu ou le chef de famille ou de la collectivité.

consentement du chef de famille¹⁰¹⁶ est annulable sur l'initiative de ce dernier »¹⁰¹⁷. Les droits originellement africains ont ainsi pendant longtemps réservé le droit d'aliénation de certains biens à certaines personnes privilégiées en raison de leur statut social¹⁰¹⁸, de leur sexe¹⁰¹⁹, de leur puissance occulte ou autres¹⁰²⁰. La volonté seule ne suffit pas et en cela, ne mentionnons même plus la liberté de contracter. Il faut pouvoir vouloir le contrat à l'origine avant de chercher à avoir la liberté de choisir son contractant ou le contenu de son contrat.

[379] On a assisté aussi à des contrats où les contractants africains aliènent toute leur volonté contractuelle et liberté de contracter ou non à l'autre partie. C'est le cas des contrats sur la base de biens ou services immatériels¹⁰²¹ tel que le contrat de sorcellerie¹⁰²² ou de charlatanisme¹⁰²³ (les deux étant difficilement identifiables matériellement¹⁰²⁴ dans

¹⁰¹⁶ Jean SOHIER, *Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumières du Congo et du Rwanda-Burundi (jusqu'au 31 décembre 1953)*, Larcier, Bruxelles, 1957. V. maxime n° 22 et 25.

¹⁰¹⁷ V. M. Wilhelm PRINSLOO, *Indigenous Contract of Exchange in Bophuthatswana*, 21 *Comparative International Law Journal of South Africa*, 1988, p. 216, cité par Salvatore MANCUSO, *Ibid.*, p. 318 et s., spéc., p. 321.

¹⁰¹⁸ Chefferies, autorités locales, claniques, etc.

¹⁰¹⁹ La femme en général par exemple était une incapable de plein droit qui avait besoin de l'autorisation de son mari pour contracter, exercer une activité relevant de la sphère commerciale, agir dans certains secteurs réservés ou encore de l'aval de hommes de la famille pour hériter, suivre un enseignement, ...

¹⁰²⁰ Par exemple selon qu'on est circoncis ou non. Ou encore selon qu'on est initié ou non à une pratique particulière; selon que l'on porte les scarifications distinctives d'un clan ou non, selon qu'on est guérisseur, charlatan, prêtresse ou autre.

¹⁰²¹ Salvatore MANCUSO, « Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t-il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique? ». Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, organisé par l'ERSUMA du 26 au 28 octobre 2011, Publications de l'ERSUMA, p. 318 et s., spéc., p. 321. L'auteur y parle d'inclure en Afrique des concepts de "biens" et "services" qui du point de vue contractuel des objets qui sont en dehors de l'idée occidentale.

¹⁰²² La sorcellerie a pu être appréhendée comme « Ensemble des rites destinés à guérir, à nuire, ou à faire mourir, propres à une société donnée. (Leur mise en œuvre peut être socialement reconnue ou, au contraire, relever surtout dans ses aspects maléfiques, de pratiques clandestines ou de l'action supposée d'êtres invisibles.) », *Le petit Larousse illustré*, Larousse, Paris, 2011.

¹⁰²³ Le charlatan se définit comme une « personne qui sait exploiter la crédulité des gens pour s'imposer quelque part ou pour vanter ses produits, sa science, etc. »; En Afrique, il est rapproché du guérisseur, du sorcier, V. *Le petit Larousse illustré*, *Id.*

¹⁰²⁴ On lira avec intérêt, Boa THIÉMÉLÉ RAMSES, *La sorcellerie n'existe pas*, Abidjan, Éditions Cerap, 2010. L'auteur a donné une conférence à la maison de l'Afrique de Montréal le mercredi 16 mai 2012 durant

la conception contemporaine occidentale) à l'occasion duquel, le sorcier est le seul à même de recevoir la révélation et de vous dire ce qu'il faut faire sous peine de conséquences graves qu'il mentionne lui-même; inhibant toute velléité de reprise en main de votre liberté de contracter ou non¹⁰²⁵. Ces pratiques de restrictions de la liberté contractuelle furent effectives par le passé mais de nos jours ces réalités sont simplement difficiles à identifier en l'état ou existent parcimonieusement et il ne saurait être acceptable de les intégrer dans une réforme du droit des contrats censée s'intégrer et accompagner une économie mondialisée. Toutefois il ne s'agit pas des seules caractéristiques pertinentes africaines susceptibles d'être relevées à propos de l'autonomie de la volonté; le consensualisme également a ses problèmes que nous tenterons de relever.

B- Les spécificités du consensualisme à l'africaine

[380] Le principe du consensualisme¹⁰²⁶ est posé par l'art. 1.1 des PU que reprend l'art. 1.1 de l'AUDC. Tous les contrats sont consensuels. On admettait de façon générale, sur la base du Code civil des Français de 1804¹⁰²⁷ qu'en Afrique francophone, le contrat était simplement le produit de la rencontre des volontés des deux parties¹⁰²⁸. Suivant le consensualisme et sans aucune forme de matérialisme, cette conception voulant que la

laquelle il expliquait sa thèse de l'inexistence de la sorcellerie qui serait plutôt le fruit culturel de pensées qui se satisfont de ces notions lorsqu'elles ne veulent pas faire face et faire avancer des situations.

¹⁰²⁵ Précisons qu'il ne s'agit pas d'un contrat d'adhésion puisque à la différence de ce dernier où vous savez ce à quoi vous vous engagez au moment de la signature, l'entente de sorcellerie n'est pas obligatoire mais est préalable à toute action divinatoire et l'adepte ou le consultant doit donner en général un accord préalable à l'effet qu'une fois que vous acceptez d'entendre ce que l'esprit a à vous dire, vous devez vous conformer aux résultats de l'oracle, du Dieu, du *vodoun*, du gris-gris, du totem, etc.

¹⁰²⁶ Pour un aperçu en droit français, Voir la thèse de Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 480, 2007, 654 pp.

¹⁰²⁷ Le fondement identifiable dans le Code civil français découlait du silence de l'article 1108. Il en est de même sous l'emprise du Code civil du Bas Canada de 1866. L'exception de l'époque était le Code civil allemand.

¹⁰²⁸ V. Art. 1378 C.c.Q. qui prône toujours le principe du volontarisme contractuel.

validité du contrat ne soit soumise à aucune condition de forme a longtemps prévalu comme celle du contrat en Afrique. Qu'il nous soit permis de réfuter en partie cette croyance dès l'abord de ces développements. En attendant, qu'on nous comprenne bien. Nous ne partageons aucunement les propos de Michel Grimaldi lorsqu'il écrit sans nuance ni retenue que « [l]es droits **archaïques**¹⁰²⁹ étaient formalistes. »¹⁰³⁰. Notre opinion est bien plus nuancée.

[381] D'abord, il n'y a véritablement « pas d'acte de volonté sans forme. Une volonté sans forme, c'est ce couteau fameux qui n'avait ni lame ni manche »¹⁰³¹. Ensuite, de toute évidence, cette conception du consensualisme pur se basait sur les assises du libéralisme politique et du libéralisme économique au nom desquels chaque individu est responsable de son propre bien-être. En Afrique, la collectivité est responsable du bien-être collectif de même qu'individuel de ses membres. On peut ainsi contester que ce ne soit qu'avec l'introduction de la norme coloniale que cette conception ait prospéré.

[382] Ceci étant dit, est-ce-à-dire que la réalité de la pratique telle qu'elle existait à l'époque nécessite actuellement une autre conception du consensualisme ? Notre analyse ne nous permet pas de tirer une conclusion aussi drastique. Elle est plus circonstanciée.

[383] Le contrat communément admis en tant qu'instrument d'échanges divers et d'enrichissement mutuel devrait être aussi perçu en Afrique comme un outil de communication socio-juridique en plus d'un outil d'échange économique¹⁰³². Le

¹⁰²⁹ Nos soulignements. Nous aurions aimé avoir une explication des caractéristiques desdits droits « archaïques » par cet auteur; droits qu'il semble opposer plus loin dans son texte au droit dans les sociétés occidentales.

¹⁰³⁰ Michel GRIMALDI, « Consensualisme et formalisme », Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA, RDAI/IBLJ, N° 3, 2011, p. 252.

¹⁰³¹ Citation attribuée à Rudolph Von IHERING.

¹⁰³² Pour une conception opposée, V. Jacques GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2000, p. 81, aux pages 97-98, cité par André BELANGER, Viorel-Dragos MORARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », Les Cahiers de droit, Vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 56, note 11.

consensualisme se constate en Afrique parce que la parole donnée y revêt une importance capitale quelque soit la forme qu'ait pris son expression. On reconnaît en Afrique une parfaite adéquation avec la maxime de Loysel : *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles*. Cependant, un certain formalisme vient souvent s'ajouter à cette liberté. C'est l'élément matériel additionnel¹⁰³³ souvent ajouté par l'exigence d'un témoin¹⁰³⁴ au moment de la conclusion du contrat. Cette addition est faite au regard de l'absence d'écrit et de la difficulté à pouvoir rapporter la preuve de l'existence du contrat au cas où une partie la nierait.

[384] Contrairement à l'opinion de certains auteurs, nous ne pensons donc pas que la formation du contrat soit solennelle telle qu'affirmée. En réalité, notre thèse est soutenue par l'affirmation qui reconnaît, parlant du contrat, que « [s]a validité est en plus subordonnée à la présence d'un témoin lors de sa formation, lequel pourra en rapporter la preuve. ». L'évidence de cette proposition peut être tirée du *répertoire général de la Jurisprudence et de la Doctrine coutumières du Congo et du Ruanda-Urundi*¹⁰³⁵ qui rapporte sous la théorie générale du contrat qu'une fois que :

« [...] par sa signature ou par l'accomplissement d'un rite coutumier la partie a marqué son accord, elle est liée par cet accord ». [Cette coutume étant partagé par une dizaine de peuples objet du recensement].
Coutume Bayeke; Chef. Bunkeya n°55 – 1933 [...]; Territoire Sampwe n° 113, 23 février 1937 [...]; Coutume Ruanda [...]; Coutume Balembwe

¹⁰³³ Nous ne parlons pas de formalisme contractuel parce que cet élément additionnel requis l'est plus à des fins de preuve que de formalisation de la conclusion du contrat. Ce besoin de preuve tout en étant un élément formalisateur n'en demeure pas moins séparable, isolable au point que son unicité soit un frein à la qualification de formaliste de notre droit des contrats OHADA.

¹⁰³⁴ Ainsi selon BOHANNAN, « Concepts of time among the Tiv of Nigeria », *Southwest. J. of Anthropology.*, n° 3, 1953, p. 9 et s., spéc. p. 38, cité par R. VERDIER, « Ethnologie et droits africains », *Journal de la société des Africanistes*, 1963, tome 33, fascicule 1, p. 105-128, spéc. p. 113, chez les Tiv, pour sceller les fiançailles, l'homme verse la dot au gardien de sa future femme. Il le fait en donnant l'argent en général à son témoin qui, en présence de tous, compte l'argent à nouveau et le remet au témoin du gardien; qui recompte et le donne au gardien de l'épouse. Chez les Nyakyusa, la remise de bétail des fiançailles est faite par deux intermédiaires, un de la famille de la mariée et un autre de celle du marié assisté chacun d'un ou deux amis en présence d'une foule de gens et du Chef. V. G. WILSON, « Introduction to Nyakyusa Law », *Africa*, 1937, p. 29, cité par R. VERDIER, *id.*

¹⁰³⁵ Jean SOHIER, *Répertoire général de la Jurisprudence et de la Doctrine coutumières du Congo et du Ruanda-Urundi (jusqu'au 31 décembre 1953)*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, S.A., 1957, p. 199.

(Basanga) ; Secd. Mwemena (Kienge); [...]; Coutume Baluba-Shankadi [...]; Chef Kabongo; etc. ».

Il faut donc surtout comprendre que l'exigence du témoin dans certaines coutumes ou du rite coutumier¹⁰³⁶ en plus du contrat (dans les nombreux exemples coutumiers répertoriés plus tôt dans nos écrits) est d'abord facultative. En réalité, dans de nombreuses sociétés africaines traditionnelles de l'époque, ces ajouts à fausse connotation formaliste, le sont à des fins probatoires et pas parce que le contrat est solennel dans sa forme. Retenir ce rite consécutif à la signature ou ce témoin convié comme une solennité de formation du contrat au sens du formalisme contemporain ne nous semble pas judicieux comme analyse.

[385] Au demeurant, on peut être néanmoins d'accord avec la proposition de rétention de la théorie de la volonté déclarée en droit OHADA, pas au regard du caractère solennel du contrat mais au regard de la spécificité de l'informel, de l'absence d'écrit, de l'analphabétisme. Le simple consensualisme en effet ou plutôt pour être plus précis la théorie de la volonté réelle ou psychologique¹⁰³⁷, créerait plus de problème en Afrique si l'on pense aux cas de contrats de l'informel et aux contestations qui peuvent en résulter quant à l'existence du contrat en cas de mésentente contractuelle sachant qu'il est souvent verbal.

[386] De plus, l'efficacité juridique et l'efficience stratégique du contrat¹⁰³⁸ nous enseignent qu'il faille rechercher le texte qui créera le moins de difficultés pratiques dans son application et effectivement il est permis en termes de légistique juridique d'anticiper qu'une théorie de la volonté déclarée serait plus adéquate au contexte pétillant d'informel,

¹⁰³⁶ Jean SOHIER, *Id.*

¹⁰³⁷ Félix ONANA ÉTOUNDI, *Op. cit.*, p. 154 et s.

¹⁰³⁸ V. Anne-Julie KERHUEL, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires. Un champ d'action de la liberté contractuelle* », PUAM, 2010, p. 27 et s., spéc. n° 13 et 14 où l'auteur distingue bien entre efficacité économique du contrat et efficience stratégique du contrat. La première ne serait que le pré-supposé et l'un des préalables nécessaires à la réalisation de la seconde.

d'analphabétisme et d'inculture juridique de l'espace de l'OHADA. Et c'est à notre avis en cela que la contribution de Monsieur Félix Onana Étoundi est remarquable¹⁰³⁹.

[387] Les propos du Doyen Santos viennent corroborer ce penchant pour un consensualisme encadré ou formalisme circonstanciel¹⁰⁴⁰. En effet, il *a su bien écrire que « le droit commercial s'accommode du formalisme toutes les fois que celui-ci favorise le développement des affaires par la sécurité qu'il procure »*¹⁰⁴¹. Nous analysons donc qu'il faille s'en départir chaque fois que possible surtout que pour la professeure Laurence Boy¹⁰⁴², le formalisme du droit de l'OHADA présente des limites à la sécurisation des entreprises. La position est-elle aussi mitigée pour ce qui est de la *favor contractus*?

Paragraphe 2 : La *favor contractus* à l'africaine

[388] Le droit des contrats que nous élaborons aujourd'hui est censé régir les opérations économiques actuelles dans un monde globalisé. On devra toujours avoir à l'esprit ce constat de la professeure Catherine Kessedjian¹⁰⁴³ selon lequel « les relations économiques internationales sont trop onéreuses à établir, trop compliquées à maintenir et trop

¹⁰³⁹ L'auteur en attirant l'attention sur ce fait caractéristique du droit des contrats OHADA tirait la conclusion que ce droit avait un caractère formaliste; extrémité où nous ne nous risquons point au regard de ce qui précède. V. Félix ONANA ÉTOUNDI, *Op. cit.*, p. 155. Des développements plus élaborés à ce sujet avaient été faits par le même auteur dans l'article « Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif./Unif. Law Rev.* 2005, n° 4, p. 683 et s.

¹⁰⁴⁰ Pour preuve par exemple, la vente de terre en pays *Ewe* pouvait être consensuelle mais l'acte se constatait souvent par la « déchirure d'un corde de cauris, en deux moitiés par les deux partenaires. Les témoins étaient présents et on finalisait l'acte en tirant trois coups de feu pour rendre publique en général depuis le terrain objet de l'acte. V. R. VERDIER, *op. cit.*, p. 113 et s. Il y avait donc un toujours des actes de matérialisation du consensualisme, assimilable à un formalisme circonstanciel mais à des fins de preuve de l'acte en général.

¹⁰⁴¹ Akuété Pedro SANTOS et Jean Yado TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 43, p. 25 et s.

¹⁰⁴² Laurence BOY, « Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Doctrine*. Consulté le 10-11-2012 à l'adresse URL: <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/article/les-limites-du-formalisme-du-droit>, consulté le 06 juin 2013, p. 128.

¹⁰⁴³ Catherine KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques », *RCADI* 2002.300.193

dommageables lorsqu'elles s'éteignent prématurément pour que tous les efforts ne soient pas entrepris afin d'en permettre l'exécution contre vents et marées ». Et le triptyque des auteurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette¹⁰⁴⁴ de renchérir avec pertinence que « dans l'ordre économique, les contrats représentent une valeur socio-économique dont il faut éviter de favoriser la disparition ».

[389] L'affirmation est encore plus valable dans le contexte des relations économiques en Afrique. En effet, dans l'ordre économique africain, les contrats acquièrent de plus en plus cette sécurité juridique et de façon incidente, cette valeur juridique mentionnée par les auteurs français sus-visés.

[390] Ces idées fortes que nous partageons et qui ont été reprises avant nous par le professeur Emmanuel Darankoum¹⁰⁴⁵ suffiraient à donner sens, vie et portée au principe du *favor contractus* africanisé. Le *leitmotiv* de ce principe étant notamment de trouver les meilleures alternatives à la résolution du contrat en Afrique.

A- Sens, portée et justification du principe général de favorisation du contrat

[391] *Favor contractus* ou favorisation du contrat, protection du contrat : même si la question a fait l'objet d'une récente thèse¹⁰⁴⁶, elle ne jouissait pas avant d'une notoriété bibliographique en droit OHADA¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, Op. cit.*, n° 660.

¹⁰⁴⁵ Emmanuel Sibidi DARANKOUM, « La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA : analyse et rédaction des clauses », *Penant*, 2005, n° 853, p. 500 et s.

¹⁰⁴⁶ Achille A. NGWANZA, *La favor contractus dans les principes Unidroit et l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA*, Thèse de doctorat, Université Paris-Sud 11, 2011, inédit, p. 15.

[392] La question de la *favor contractus* appelle des clarifications théoriques notamment celle de la conception relationnelle du contrat et de son intégration effective ou non à la réalité africaine. On sait pertinemment que deux courants majeurs irriguent le droit des contrats : le courant classique et celui dit relationnel du contrat.

[393] La théorie classique se basant sur les écrits du professeur Jean-Guy Belley¹⁰⁴⁸ conçoit la formation du contrat comme une tentative de « pacte entre ennemis »¹⁰⁴⁹. Elle se rapproche de la conception transactionnelle du contrat.

[394] Pour la conception relationnelle des rapports contractuels, il a été dit que ce passage permettait de constater que la domination cédait la place à la collaboration alors que l'antagonisme était remplacé par la solidarité¹⁰⁵⁰. Dans ce courant de pensée, le solidarisme s'oppose au libéralisme. Si l'on veut pousser un peu loin la mise en contexte, on devrait distinguer entre justice réparatrice et justice distributrice. En matière contractuelle, la justice distributrice est celle qui fait reposer le manquement contractuel sur toutes les parties au contrat (la société contractuelle) au contraire de celle réparatrice qui doit situer la responsabilité et faire peser ses conséquences (plus les dommages intérêts) sur l'agent contractuel fautif.

[395] Ces préalables sont indispensables pour mieux situer la position que devrait adopter le droit OHADA des contrats. On sait tous que l'Afrique est plus collectiviste, qu'individualiste. Nul ne peut réfuter que la conception sociale en Afrique est plus enclin à la solidarité que celle occidentale. La structure sociale africaine est plus démonstrative de solidarité (solidarisme en matière de contrat) que celle européenne, nord-américaine, ou

¹⁰⁴⁷ Exception faite en droit OHADA de l'article d'Emmanuel DARANKOUM, précité, p. 254, note 1011.

¹⁰⁴⁸ Jean-Guy BELLEY, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société*, 1988, n° 9, p. 281 et s., spéc. p. 287.

¹⁰⁴⁹ Telle était notamment la conception de Jean CARBONNIER.

¹⁰⁵⁰ Jean-Guy BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », *Les Cahiers de droit*, Vol. 32, 1991, p. 253.

autre. Il est également clair que les rapports contractuels sont inégaux et qu'il est impossible de faire cette solidarité quand deux contractants de deux sociétés différentes sont parties à un contrat, surtout s'il s'agit de contractants locaux et étrangers.

[396] En réalité, le choix entre ces deux conceptions du contrat nous place en face d'un faux dilemme. D'un côté, l'approche classique¹⁰⁵¹ qui est souvent contreproductive¹⁰⁵² où la transaction est jugée à tort impossible parce qu'imprécise alors que si on sortait de cette conception stricte et qu'on suivait l'article 2.1 des Principes, repris dans l'AUDC, ce serait à l'avantage du tissu économique. Ce dernier prône la sauvegarde du contrat si le comportement des parties indique suffisamment leur accord et permet de conclure à son existence et ce, même si le contenu obligationnel express n'était pas clair. De l'autre côté, l'approche relationnelle permet au juge d'intervenir aux fins précédentes, (*favorcontractus*) même si les parties sont mises de l'avant car c'est leur intention qui est recherchée. C'est d'abord une priorité qui est donnée aux parties à travers l'autonomie de la volonté de favoriser la survie de leur contrat au regard de la difficulté qui surgit dans l'exécution contractuelle.

[397] En vérité, il est reconnu en pratique que l'article 25¹⁰⁵³ de la Convention de Vienne est le siège implicite du *favor contractus*. On a même pu parler de « musée du *favor*

¹⁰⁵¹ Elle a l'inconvénient de présenter une conséquence négative qui est qu'en cas de faute, le contrat doit être résolu, une responsabilité fautive ou non est établie et le cas échéant des dommages intérêts de diverses natures sont payées alors qu'il aurait pu s'agir de tout le contraire notamment du sauvetage du contrat.

¹⁰⁵² En effet, cette approche donnant plein pouvoir aux parties, en présence de personnes illettrées ou commerçantes mais profanes dans le domaine objet de la transaction, aucun tiers ne peut intervenir pour donner vie au contrat au-delà de sa lettre expresse, pas même le juge qui n'intervient que pour constater sa fin sans pouvoir en général rien y faire notamment modifier le contrat pour lui donner effet, en interprétant ou recherchant l'intention des parties. Cette approche n'est pas celle qu'il faut pour l'Afrique.

¹⁰⁵³ Article 25: "Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus. ».

contractus »¹⁰⁵⁴. Inspiré de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, l'AUDCG retient aussi le principe de la contravention essentielle¹⁰⁵⁵ du vendeur¹⁰⁵⁶ ou de l'acheteur¹⁰⁵⁷ qui détermine s'il faut ou non chercher à « sauver le contrat ». La justification provient du fait que :

« Sur fond un peu camouflé, l'article 25 organise les remèdes contractuels en deux catégories : ceux supposant une contravention essentielle, telle la résolution ou le remplacement des marchandises (catégorie restrictive) et ceux ne supposant pas une contravention essentielle (catégorie large ou libérale). [...] Si la contravention n'est pas essentielle, le contrat doit être maintenu. C'est donc une disposition cardinale qui sert de baromètre pour déterminer quand est-ce que le contrat doit survivre à sa propre crise¹⁰⁵⁸. L'interprétation restrictive qui préside à cette fin suppose que le maintien des contrats en cas d'inexécution est un bien pour le commerce international »¹⁰⁵⁹.

[398] L'approche philosophique¹⁰⁶⁰ permettant de donner priorité au maintien des relations contractuelles en privilégiant la bonne foi à l'article 7 de la Convention¹⁰⁶¹, est une autre justification qui a pu être mise de l'avant. Un argumentaire acceptable mais fort critiquable est celui qui retient le concept de l'« utilité économique »¹⁰⁶² du contrat comme

¹⁰⁵⁴ Emmanuel S. DARANKOUM, « L'article 25 de la Convention de Vienne : le musée du *favor contractus* revisité à la lumière des intérêts du commerce international », dans Generosa Bran MIRANDA et Benoît MOORE (Dir.), *Mélanges Adrian POPOVICI. Les couleurs du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 417 et s.

¹⁰⁵⁵ André TUNC, « La notion de contravention essentielle dans la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », dans *Collection of studies of foreign and comparative law on the occasion of the 25th anniversary of the institute and in honour of professor Borislav T. Blagojevic*, Belgrade, Institut za Uoprendo Pravo, 1981, p. 328 et s.

¹⁰⁵⁶ Article 64 al. 1.

¹⁰⁵⁷ Article 49 al. 1.

¹⁰⁵⁸ Ulrich MAGNUS, « General Principles of UN-Sales Law », *Int'l Trade & Bus. L. R.* 33.

¹⁰⁵⁹ Emmanuel S. DARANKOUM, *Ibid.*, p. 423 et 424.

¹⁰⁶⁰ Jean-Paul BÉRAUDO et Philippe KHAN, *Le nouveau droit de la vente internationale*, Paris, CCIP, 1989, p. 97, cité par Emmanuel S. DARANKOUM, *Ibid.*, p. 425.

¹⁰⁶¹ Article 7 al. 1: « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. ».

¹⁰⁶² Sophie STIJN, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », dans Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 513 et s., 560 et s.

preuve de son maintien. Certes on peut ériger l'utilité économique de la rupture¹⁰⁶³ en critère et le ramener théoriquement à l'intérêt du commerce international mais la réalité est toute autre. En général, c'est l'intérêt économique du créancier qui sera mis de l'avant car il n'est pas à l'origine de la contravention jugée non essentielle mais ce ne devrait pas être le cas face aux nombreux risques découlant de cette contravention¹⁰⁶⁴. C'est en ces termes que se justifie le *favor contractus* dans la Convention de Vienne.

[399] En recherchant les possibles inconvénients de cette approche en Afrique, on pense de suite à la corruption généralisée et au risque de concussion des juges qui, avec le pouvoir qui leur est donné, peuvent avantager une partie notamment la plus importante économiquement. Bien qu'il s'agisse d'une crainte légitime, on devra admettre que les juges agissent dans le cadre strict du contrat et avec les garde-fous qui existent justement dans cette conception relationnelle qui leur donnent plus de pouvoir sur le contrat en même temps qu'elle fait pareil avec les parties elles-mêmes tout en augmentant conséquemment leur autonomie individuelle¹⁰⁶⁵. L'exemple usuel avancé par la doctrine pour tenter de justifier la meilleure adéquation de la théorie relationnelle du contrat est celui de la fixation du prix. En effet dans les systèmes retenant une conception classique du contrat, l'absence de prix, ou l'imprécision quant aux caractéristiques devant permettre de déterminer le prix est un élément entraînant une nullité¹⁰⁶⁶ du contrat. Au contraire dans l'approche de l'AUDC¹⁰⁶⁷, il faut favoriser le maintien du contrat lorsqu'on se retrouve dans une pareille

¹⁰⁶³ Judith ROCHFELD, « La rupture efficace du contrat », dans Christophe JAMIN, *Droit et économie des contrats*, L.G.D.J., 2008, p. 169 et s.

¹⁰⁶⁴ Pour une argumentation contre cette thèse, V. Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, PUF, Paris, 1969, n° 189, p. 323.

¹⁰⁶⁵ Possibilité de résiliation unilatérale et non judiciaire du contrat, article Art. 7.13 de l'Avant-projet d'AUDC.

¹⁰⁶⁶ C'est le cas de l'article 1129, 1591 et 1592 du Code civil français suivi en ce sens par l'article 1708 du Code civil du Québec.

¹⁰⁶⁷ Article 5.1.7 des Principes UNIDROIT repris en cela par l'article 5.7 de l'AUDC. Dans tous les cas où l'absence de prix, le montant déraisonnable du prix, la difficulté à déterminer le prix peuvent entraîner une nullité du contrat, l'AUDC sauve le contrat par un prix raisonnable ou une référence à un prix habituel ou un

situation et qu'il n'existe même plus d'éléments pour déterminer le prix. On se fie alors *au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, d'un prix raisonnable*. De façon ostentatoire, on se rend bien compte de l'intérêt d'une telle approche comparée à la précédente ou le contrat n'aurait même pas été considéré.

B- Applications de la favor contractus en droit OHADA des contrats

[400] *De lege lata*, le droit positif de l'OHADA a déjà retenu le principe de la *favor contractus*. Il se manifeste par la prépondérance donnée à certains modes de récupération du contrat vicié au détriment de sa fin définitive. Ces alternatives sont la confirmation¹⁰⁶⁸, la régularisation¹⁰⁶⁹ ou réfaction du contrat. C'est ainsi que l'article 4.4 de l'AUCTMR¹⁰⁷⁰ édicte en filigrane que l'absence, l'inexactitude ou même l'irrégularité des déclarations de l'expéditeur « n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport »¹⁰⁷¹. La nullité est ainsi clairement exclue comme sanction de la violation délibérée d'une obligation d'information qui devrait être analysée comme vice du consentement¹⁰⁷². Ce choix délibéré¹⁰⁷³ est la preuve du penchant du législateur OHADA pour les solutions de

facteur proche permettant de déterminer le prix. Pour une stipulation similaire en droit commercial général OHADA, V. art. 241 et 263 et s AUDCG Nouveau.

¹⁰⁶⁸ V. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris II, L.G.D.J., 1972.

¹⁰⁶⁹ V. Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Thèse, Toulouse, L.G.D.J., 1973.

¹⁰⁷⁰ Art. 4.4 de l'AUCTMR : « L'absence ou l'irrégularité de la lettre de voiture ou des mentions prévues aux alinéas 1 ou 2 du présent article, de même que la perte de la lettre de voiture n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport qui reste soumis aux dispositions du présent Acte uniforme ».

¹⁰⁷¹ V. Civ. 18 juillet 1966, BT 1966, p. 286, cité par André AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 1, PUAM, Coll. Horizons Juridiques Africains, 2010, p. 397 et s., spéc. p. 417.

¹⁰⁷² Art. 1109 et suivants du Code civil français.

¹⁰⁷³ André AKAM AKAM y consacre de longs développements sans pour autant qualifier ce penchant de consécration de théorie de la *favor contractus*. V. AKAM AKAM, *Op. cit.*, p. 418 et s. Pour cet auteur la

pérennité du lien contractuel, de survie du contrat. C'est aussi le signe d'un pragmatisme législatif naissant en Afrique qui renforce le choix de la consécration de la *favor contractus* au sein de l'AUDC puisque le droit positif OHADA et même les règles de la CIMA¹⁰⁷⁴ connaissent déjà le principe.

[401] *De lege feranda*, sous l'angle du droit prospectif, dans les Principes UNIDROIT et l'AUDC, le *favor contractus* se manifeste à travers l'analyse de plusieurs dispositions érigées en principes contractuels¹⁰⁷⁵. Un auteur¹⁰⁷⁶ développe de façon savante, la *favor contractus* dans la formation et l'exécution du contrat respectivement en *favor validatis*¹⁰⁷⁷ et *favor executionis*¹⁰⁷⁸ dans l'AUDC et les principes UNIDROIT. Au nombre de l'application de ce principe, on peut retenir l'acceptation du principe de la validité d'une modification écrite après formation du contrat par envoi d'un écrit ultérieur qui était censé être une simple confirmation¹⁰⁷⁹. Pour favoriser le maintien du contrat qui autrement pourrait être considéré comme une modification majeure pouvant entraîner une renégociation, une augmentation de la prestation d'une des parties, etc.

nullité du contrat de transport est exclue pour vice du consentement et le législateur fait plus recours aux règles de la responsabilité civile et à des sanctions spécifiques.

¹⁰⁷⁴ Les articles 18 et 19 du Code CIMA adoptent la même solution d'exclusion de la nullité du contrat face à l'absence de déclarations ou à de fausses déclarations de l'assuré avec une modulation notable selon qu'il est de bonne foi ou non.

¹⁰⁷⁵ Art. 3.13 des PU. V. aussi les articles de Christian LARROUMET au JCP 1997 et J.-P. BARAUDE au JCP 1995, I, 3842.

¹⁰⁷⁶ Achille NGWANZA, Thèse précitée, p. 17 et s. et p. 201 et s.

¹⁰⁷⁷ Tout au long de la première partie de sa thèse, Achille NGWANZA démontre que, de façon certaine dans les principes UNIDROIT et incidemment dans l'AUDC qui s'en inspire, la validité du contrat est favorisée (parfois à outrance) à travers entre autres : - les nombreuses dérogations au principe de révocabilité de l'offre ; - l'irrétractabilité de l'acceptation ; - l'application au désistement illicite des remèdes à l'inexécution ; - la conclusion du contrat malgré des désaccords sur son contenu (grâce aux clauses-types admises mais encadrées, aux clauses consensuelles, à la réception de la théorie de l'incomplétude ...) ; - la validité du contrat entaché d'irrégularités notamment par la licéité des actes imparfaits et l'efficacité des actes nuls (la forclusion du droit d'annulation et l'abrégement des délais de prescription par exemple) ; etc. V. Achille NGWANZA, Thèse précitée, p. 25-205.

¹⁰⁷⁸ Cette dernière consiste en une favorisation de la survivance du contrat à la phase exécutoire et post-exécution notamment par un aménagement de la prestation défectueuse justifiée philosophiquement et économiquement ; par un encadrement quasi directif de l'imprévision contractuelle ; par le biais du caractère limitatif du droit à la résolution et la pérennité des contrats résolubles. A. NGWANZA, *Op. cit.*, p. 205 et s.

¹⁰⁷⁹ Art. 2.1.12 PU.

[402] On peut en faisant une interprétation extensive, trouver dans la prévision de validité d'un contrat dans les PU sans la *consideration*¹⁰⁸⁰ une volonté de *favor validatis* du lien contractuel dans l'espace OHADA. C'est une analyse - avouons-le - un peu tirée par les cheveux mais elle pourrait se tenir aisément si on la comprend dans le sens où, moins il y a des conditions de validité du contrat et plus ce dernier a des chances d'être validé et de produire ses effets sur le tissu économique. Dans le même sens, nous pouvons mentionner la validité de la renégociation contractuelle en présence de *hardship*¹⁰⁸¹ et même s'il s'agit d'un principe ancien largement reconnu par la doctrine et accepté par la pratique, également la validité de la force majeure comme cause d'excuse d'inexécution contractuelle¹⁰⁸².

[403] Par ailleurs, l'intention du législateur OHADA de vouloir à tout prix sauver le contrat chaque fois que possible peut être déduit de l'AUPCAP qui pose un principe clair et automatique de préservation des contrats¹⁰⁸³ en cas d'ouverture d'une procédure collective à moins que les contrats soient conclus *intuitu personae*¹⁰⁸⁴ et que des considérations personnelles ont été le facteur déterminant de conclusion du lien contractuel. Il a été à maintes reprises souligné l'attractivité contractuelle du droit des procédures collectives de l'espace OHADA pour cette raison de sauvegarde impérative du

¹⁰⁸⁰ Art. 3.2 PU.

¹⁰⁸¹ Art. 6.2.1 et s. PU.

¹⁰⁸² Art. 7.1.7 des PU.

¹⁰⁸³ Pour une étude générale de la question, V. A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, L'harmattan, Paris, 2009, 370 p, Préface de Marie-Hélène MONSERIE ou plus récemment A. S. ALGADI et L. ELKOUBI, « La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives », RCDA, n° 8, 2012.

¹⁰⁸⁴ A.S. ALGADI et L. ELKOUBI, *Id.* et pour une critique que nous paratageons F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Coll. Droit uniforme, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 182.

contrat¹⁰⁸⁵. Il s'agit donc bien d'une réalité de *favor contractus* que le législateur OHADA a déjà entendu consacrer.

[404] Par lecture parallèle, il en est de même des dispositions des articles 248 et s. de l'AUDCG. En remontant dans le temps, on peut également trouver un écho de cette consécration dans la première réforme du droit des obligations civiles et commerciales du Sénégal et observer que certaines stipulations permettaient de retenir qu'un rôle plus poussé avait été attribué au juge dans l'appréciation de l'intention des parties et l'interprétation des stipulations contractuelles afin en bout de ligne de maintenir le contrat, de lui éviter la nullité. Le juge dans cette réforme pouvait même refaire le contrat et réduire les obligations des parties. C'était à l'époque des points qui ne s'alignaient pas du tout avec le droit français de l'époque et donc découlaient d'un besoin d'adaptation des règles ainsi énoncées avec les réalités sénégalaises et par extension africaines.

[405] Le *favor contractus* peut se révéler un instrument extrêmement pertinent pour les relations contractuelles en Afrique s'il est conçu et intégré avec une option obligatoire¹⁰⁸⁶ d'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution au cocontractant fautif avant toute notification de résolution¹⁰⁸⁷. La nature même du délai d'exécution supplémentaire place les parties en situation de possible continuité plutôt que de résolution et contribue à l'esprit de favorisation de la survie du contrat. Une telle pratique n'est pas typiquement contemporaine ou à inclure dans la conception relationnelle¹⁰⁸⁸ ou moralisante¹⁰⁸⁹ du

¹⁰⁸⁵ Aziber Saïd ALGADI, « L'attractivité contractuelle du droit des procédures collectives de l'espace OHADA. », dans la lettre « *Option Droit & Affaires* » du 3 octobre 2012, p. 8 publié sur www.ohada.com, consulté le 06 juin 2013.

¹⁰⁸⁶ L'article 283 de l'AUDCG Nouveau prévoit la possibilité d'octroi d'un délai supplémentaire qui n'est pas obligatoire.

¹⁰⁸⁷ Pour des développements étayés à ce propos, V. Emmanuel S. DARANKOUM, *Ibid.*, p. 434-435.

¹⁰⁸⁸ C'est à DEMOGUE que l'on attribue la paternité de cette conception du contrat qualifiée de « *ius fraternitatis* ». Il fut repris clairement par Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges François TERRE*, 1999, p. 603 et s.

¹⁰⁸⁹ A. G. OLDENBURG, 24 avril 1990, IPRax 1991, p. 36 et toutes les nombreuses autres références citées par Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 435, note 30.

contrat. Elle est, s'il faille la catégoriser, africaine et pour preuve dans la conception africaine des rapports sociaux et spécifiquement contractuels, il faut toujours rechercher l'entente, rétablir la relation antérieure en cas de conflit plutôt que de mettre fin aux rapports.

[406] Certains arbitres ont très souvent eu recours au principe du *favor negotii* qui permet aux arbitres, « placés dans le contexte de plusieurs systèmes juridiques ayant vocation à régir une convention [...] de ne faire application que du seul droit la validant »¹⁰⁹⁰. La pratique arbitrale une fois encore ici, confirme l'intérêt de notre proposition. On part du principe que raisonnablement, de deux droits possiblement applicables, les parties auraient sûrement choisi celui qui assure la validité du contrat »¹⁰⁹¹. L'OHADA privilégie clairement l'arbitrage comme mode statutaire de règlement des différends et en ce sens, démontre encore son penchant pour ses techniques notamment la considération de la *favor contractus*.

[407] Dans la vie de tous les jours, la réalité de l'homme d'affaires africain le conduit très souvent à préférer accepter la formation ou le maintien d'un contrat en l'exécutant même s'il est mal formé à la base. Parfois même le contrat est clairement déséquilibré en termes d'équivalence économique, juridiquement problématique pour l'homme d'affaires africain mais celui-ci préfère favoriser sa formation et l'exécuter car en bout de ligne il est toujours salvateur dans un sens ou un autre pour ses affaires que l'option d'absence complète de contrat. Ceci peut être aussi dû au type de pressions sociales et culturelles qu'il subit dans l'environnement africain¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ Filali OSMAN, *Op. cit.*, p. 43, spéc. p. 220.

¹⁰⁹¹ V. Sentence arbitrale CCI n° 4338 rendue en 1984, Clunet 1985, pp. 985 - 986, Obs. Yves DERAÏNS.

¹⁰⁹² C'est le lieu notamment de rappeler qu'un homme d'affaires africain peut signer un contrat simplement parce que tel parent ou ami, telle personnalité lui aurait recommandé son cocontractant. Il peut décider aussi de maintenir un contrat non viable juste pour l'image que cette transaction lui apporte dans sa sphère sociale

[408] Nous nous retrouvons donc en parfaite alchimie avec cette rétion qu'on pourrait penser outrancière, du principe de *favor contractus* dans les différentes phases du contrat en droit de l'OHADA.

[409] Au-delà de cette *favor contractus*, et toujours dans les développements relatifs à la formation du contrat précisément à ses fondements, nous ne saurions occulter les débats portant sur les concepts de cause et *consideration* dans la réforme des contrats de l'espace de l'OHADA.

SECTION 2 : La cause civiliste opposée à la consideration de common law

[410] Pour aborder l'étude de la cause civiliste, nous prenons comme référence le système français parce qu'il est celui par essence où de grandes résistances et débats théoriques se font à propos du concept de cause mais aussi celui qui cristallise le plus de critiques de la notion. Comme répondant direct pour ce qui est de la *consideration*, nous tenons compte du système britannique quoique les autres systèmes de *common law* soient appelés souvent à la rescousse dans leur particularité pour étayer nos arguments.

[411] Les controverses contemporaines à l'usage ou non de ces deux concepts propres à chacun des deux grands systèmes juridiques au monde nous conduisent à rechercher des repères historiques des deux notions¹⁰⁹³ (**Paragraphe 1**) qui nous permettrons de mieux les

alors même que le contrat pourrait aisément être annulé. Il s'agit là à notre avis, d'indices œuvrant dans le sens de la confirmation de cette tendance de favorisation de la formation et de la survie du contrat.

¹⁰⁹³ Sur les deux notions on consultera utilement René DAVID, « Cause et *Consideration* », dans *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, t. 2, Dalloz, Paris, 1960, p. 11 – 137.

comprendre pour justifier qu'ils soient par la suite maintenus ou tous les deux exclus de l'AUDC (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Quelques repères historiques à propos des deux notions

[412] C'est au 12^{ième} et début du 13^{ième} siècle que les premières tentatives de systématisation d'un nouveau droit des contrats nécessaire pour les besoins de la société mercantile émergente à l'époque prirent corps en Europe¹⁰⁹⁴. Les caractéristiques et mécanismes de formation¹⁰⁹⁵ du contrat dans le Code Napoléon sont le fruit des premiers travaux de reconceptualisation du droit primaire des contrats. C'est dans la droite ligne de ces pensées canonistes que la notion de *causa* qui jusqu'alors jouait un rôle très limité pour ne pas dire inexistant en droit romain¹⁰⁹⁶, fut instrumentalisée comme le *vestmentum* pour assurer une continuité entre le droit canoniste et le droit romain¹⁰⁹⁷. Cependant, même sans

¹⁰⁹⁴ Arthur Von MERHEN, « The Code and Contract. A Comparative Analysis of Formation and Form », dans Bernard SCHWARTZ (Ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1956, p. 110 et s., spec. pp. 121 et 122.

¹⁰⁹⁵ Sur la forme ou le formalisme dans le contrat par exemple, l'Église supportait clairement le fait qu'une simple promesse sans formalisme puisse lier son stipulant suivant le *Pacta sunt servanda*. V. A. Von MERHEN, *Ibid.*, p. 122.

¹⁰⁹⁶ Il n'y avait pas de référence expresse et claire à la *causa* même si le droit des contrats retracé à travers les *Institutes* et le *Digest de Justinien* reconnaissait plusieurs catégories de transactions comme l'atteste ce passage de l'article d'Arthur Von MERHEN précité : « Four types of nominated or named contracts were enforced at this stage in the development of Roman Law. *Re*, a contract (of which there were four types : *mutum*, a loan for consumption, *commodatum*, a loan for use, *depositum*, a deposit, *pignus*, a pledge or a pawn) in which the obligation arose from the handing over of a thing; *verbis*, a contract (the well known stipulation) in which the obligation depended on a form of words; *litteris*, a contract (which had become obsolete) in which the obligation depended on a special kind of writing; and *consensu*, a contract, of which only four special cases (sales, hire, partnership, and mandate) were recognized, in which the obligation rested on agreement alone. A large group of transactions not referable to one of the recognized named contracts formed a second group of contracts, the so-called innominated or unnamed contract (including exchange and compromise) [...]. A third group of agreements, which came to be enforceable, were not classified as contracts but as pacts. An unenforceable pact was called a bare pact and could be pleaded as a defense. Pacts that were made actionable were called *pacta vestita*, clothed pacts. ».

¹⁰⁹⁷ La *causa* de droit romain est différente de la cause des canonistes qui peut être d'une part objective et impersonnelle et d'autre part subjective c'est-à-dire le motif personnel et intime. Pour les jurisconsultes

expresse référence, il est admis que dans toutes les catégories de transactions existantes à l'époque, une prestation devait être accomplie ou promise par une partie qui donne naissance à une obligation à l'autre partie¹⁰⁹⁸. La principale référence faite dans le temps à la *causa* du Code de Justinien, le *Digeste*¹⁰⁹⁹ résultait plutôt de l'interprétation qui en était faite. En effet, comme le précisent si bien Buckland and McNair dans leur ouvrage¹¹⁰⁰, ce passage du *Digeste* ne voulait en aucun cas signifier qu'une cause était requise pour tous les types de contrats mais insérait une distinction fondamentale entre les contrats nommés et les contrats sans un régime spécifique c'est-à-dire innommés. Le concept de cause tel que façonné de nos jours était censé apporter une exigence de plus à ces derniers contrats innommés seulement et pas aux *consensus*¹¹⁰¹, *verbis*¹¹⁰² et *re*¹¹⁰³ qui n'exigeaient aucun critère supplémentaire¹¹⁰⁴. Selon Chevrier également, ce n'est donc qu'avec le temps, par

romains la *causa civilis obligationis* était souvent la formalité génératrice du rapport de droit et pas les raisons qui amenaient une personne à se lier contractuellement. Selon J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^{ème} éd., Les éditions Thémis, 1996, p. 227-228, n° 139 et 140, note 338, l'article 982 du Code civil du Bas Canada parlant de « cause de l'obligation » référerait clairement à la *causa civilis obligationis* tel que le démontre la lecture de l'article suivant surtout au regard de leur version anglaise ; et pourtant au regard de l'évolution post-romaine connue par cette notion la jurisprudence interprétait cette notion de cause de l'obligation différemment notamment comme une cause objective et subjective.

¹⁰⁹⁸ V. LEE, *The Elements of Roman Law*, 3^{ème} éd., 1952, p. 335, § 510, cite par A. Von MERHEN, *Op. Cit.*, p. 135, notes 48 et 49.

¹⁰⁹⁹ *Digeste* 2. 14. 7. Paragraphe 4.

¹¹⁰⁰ BUCKLAND and McNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2^{ème} éd. revue par LAWSON, 1952, p. 229 - 230, cité par A. Von MERHEN, *Op. cit.*, notes 48 et 49.

¹¹⁰¹ Contrat par excellence ou mieux contrats consensuels mais vu comme englobant différentes autres catégories de contrats nécessitant un échange de consentement à l'époque.

¹¹⁰² La stipulation pour autrui à l'époque.

¹¹⁰³ Contrats réels, nécessitant la transmission ou l'aliénation d'une chose réelle.

¹¹⁰⁴ L'idée est tirée du commentaire de passage du Code Justinien rapporté par BUCKLAND and McNAIR, *Op. cit.*, qui se lit comme suit : « Th[is] famous passage [especially D. 2. 14. 7. 4 which states that: 'If there is no additional ground (*causa*), in that case it is certain that no obligation can be created, [I mean] on the mere agreement; so that a bare agreement (*nudum pactum*) does not produce an obligation, it only produces an *exception*.'] on which the whole theory of *cause* was based, and which was taken to mean that every contract must have a *cause*, in reality says nothing of the kind. It distinguishes between agreements which have been recognized as nominate contracts, such as sale and hire, and agreements for which no special regime has been laid down. Then it goes on to say that in all these latter cases there will still be an action provided that there is also a *cause*. The text, which may well be due to the compilers, clearly deals with what later came to be known as innominate contracts, and *causa* here means what English lawyers called executed consideration. [...] Thus the passage goes on to say that if there is no *causa* it is a case for *nudum pactum*, which will give rise to an exception but not to an action.

interprétation et pour assurer une formelle coordination entre les deux courants théoriques de l'époque que la cause fut élaborée et perdura. Coordination entre l'extrême liberté de forme du contrat vue par les canonistes et le besoin de s'assurer qu'une réelle intention de se lier existait au moment de la formation du contrat telle que requis par les civilistes romains¹¹⁰⁵. Telle était la raison d'être de la cause. Il apparaît donc que la cause n'était pas aussi évidente qu'on pourrait le penser au départ en droit romano germanique.

[413] Quant à la *consideration*, on pourrait en dire autant dans tous les systèmes juridiques sauf celui britannique. Selon un auteur¹¹⁰⁶, elle apparaît comme étant un élément intrinsèquement unique et propre au droit Anglais des contrats sans aucun parallèle dans les autres systèmes juridiques qu'ils soient modernes ou primitifs¹¹⁰⁷. Lord Wright avait tout de même apporté un bémol à cette affirmation lapidaire lorsqu'il écrivait que :

« No other modern system has any such notion; the Civil Code does indeed provide for cause as a condition of contract, but it seems to be agreed that the Scottish law know nothing of consideration; modern Codes, the German and Swiss, have disregarded the notion. Consideration is thus clearly no necessary part of a civilised law of contract. »¹¹⁰⁸.

[414] Lord Wright introduisait ainsi insidieusement ce parallèle possible aujourd'hui entre les deux notions dans les deux systèmes juridiques. En réalité, la notion fut introduite uniquement au seizième siècle par les juges britanniques suite à leur décision de faire exécuter les contrats et surtout face au dilemme posé par les contrats gratuits. Ils décidèrent

Causa is here evidently made to play a part only in the theory of innominate contracts. It has nothing to do with the consensual contracts [...]. In other words, all it says is that executed consideration is required where no regimes have been set up for particular contracts' ».

¹¹⁰⁵ CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, 1929, p. 174 - 175.

¹¹⁰⁶ B. O. NWABUEZE, « Integration of the Law of Contracts », dans *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa*. Conference held at Ibadan on 24th - 29th 1964, University of Ife, Africana Publishing Corporation, New York et University of Ife Press, Ife-Ife, Nigeria, p. 148 et 149.

¹¹⁰⁷ B. O. NWABUEZE, *Id.*

¹¹⁰⁸ Lord WRIGHT, *Legal Essays and Adresses*, p. 375 cité par B. O. NWABUEZE, *Ibid.*, p. 149, note 43.

ainsi suite à une série d'événements¹¹⁰⁹ de distinguer entre les contrats gratuits et ceux onéreux en n'acceptant que l'exécution des contrats ayant une *consideration*.

Paragraphe 2 : L'importance de la cause et de la considération

[415] La cause civiliste opposée à la *consideration* de *common law*, sont présentées comme incontournables par une bonne partie de la doctrine majoritaire de chacun des deux systèmes juridiques en présence. Elles sont donc relativement importantes, pour ne pas dire incontournables *a priori*.

[416] Dans ce paragraphe, il semble ainsi pertinent de faire ressortir l'importance de ces deux concepts dans les deux traditions juridiques ici concernées. Cette précision se fera à travers une clarification précise des déclinaisons de ces deux concepts que sont la cause et la *consideration*. Cependant, ce qui est important, n'est pas forcément incontournable dans sa finalité ou sur un plan pratique; et c'est justement la conclusion à laquelle nous aboutissons lorsque l'analyse du rôle de ces deux notions est faite.

A- Clarification conceptuelle des deux notions

[417] La cause en droit français¹¹¹⁰ peut être appréhendée sous deux aspects¹¹¹¹ : la cause du contrat¹¹¹² et la cause de l'obligation¹¹¹³. Elle est selon la jurisprudence le « mobile

¹¹⁰⁹ Pour des détails V. CHESCHIRE et FIFOOT, *The Law of Contract*, 6^{ième} éd., p. 11, cité par B. O. NWABUEZE, *Ibid.*, p. 149.

¹¹¹⁰ Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J. 2006; Denis MAZEAUD, « La cause », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 451; Xavier LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, Chron. 740. Pour des développements généraux, V. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 2^{ième} édition, Paris, Defrénois, 2005, n° 622 et s. ou encore François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 336 et s.

¹¹¹¹ Actuellement : car selon les époques il y a eu diverses conceptions. Les canonistes y voyaient une combinaison entre la cause objective de l'obligation ou *causa proxima* et raison morale ou cause subjective.

déterminant c'est-à-dire celui en l'absence duquel [le contractant] ne se serait pas engagé »¹¹¹⁴.

[418] Nous ne reviendrons pas en détail sur une controverse née entre causalistes et anti-causalistes¹¹¹⁵ quant à l'utilité de la cause¹¹¹⁶. La cause est reconnue dans la jurisprudence française comme jouant traditionnellement deux rôles. Un premier rôle est celui de la justification économique de l'obligation qui prend sa source dans le contrat (cause de l'obligation). C'est ce rôle qui est identique à celui de la *consideration* de *common law* et rapproche les deux concepts. En effet, face à la difficulté de donner une définition de la *consideration* de *common law*, la doctrine¹¹¹⁷ et les juges¹¹¹⁸ l'ont souvent simplifié comme étant le bénéfice ou la perte de chacune des parties. Jugée un peu trop simpliste,

Après le XVII^{ème} S. DOMAT ne la concevait qu'objective. Les conceptions d'après le 20^{ème} S. ont fait un retour aux deux conceptions alors que les dernières aspirations modernes semblent pour les unes nier toute utilité à la cause pendant que d'autres essaient en vain de lui donner un souffle nouveau dans le contrat.

¹¹¹² Le législateur québécois avait clairement distingué entre la cause du contrat (article 1410 C.c.Q.) et la cause de l'obligation à l'article 1371 C.c.Q.

¹¹¹³ Ou cause objective et immédiate du contrat. Voir Civ. 3^{ème}, 25 février 2004, JCP 2004.I.149, n° 9, Obs. LABARTHE pour des exemples.

¹¹¹⁴ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1989, JCP 1990.II.21546 note Y. DAGORNE-LABBÉ, cité par Olivier ANSELME - MARTIN, « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », dans Xavier HENRY (Dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, p. 21, note 1.

¹¹¹⁵ Comme causaliste on peut citer Jacques GHESTIN et son fameux ouvrage sur la cause de plus de 900 pages; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2006; Pour une synthèse récente des développements sur cette controverse, V. Joseph DJOGBENOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des Actes uniformes de l'OHADA », dans *Penant*, N° 867, avril-juin 2009, pp. 133-172.

¹¹¹⁶ En substance, les anti-causalistes, menés par PLANIOL (avant lui les belges ERNST en 1826 et LAURENT ensuite) retenaient qu'il s'agissait d'une notion fautive et inutile. En effet comment comprendre que l'obligation de chacune des parties (qui pour les contrats synallagmatiques naît au même moment pour les deux parties) puisse avoir pour cause l'obligation de l'autre alors que la cause d'un événement et les effets qu'il produit ne peuvent naître et entraîner leurs conséquences au même moment. Si tel est vraiment le cas, donc cause et objet se confondent ; en conséquence l'absence de cause devrait entraîner absence d'objet or il est clair qu'un contrat peut être sans cause ou motivé par une cause illicite ou immorale, alors même que son objet existe et est licite. Les deux ne sauraient mutuellement se servir donc de cause.

Dans le même sens, dans les contrats réels unilatéraux, la remise de la chose est la condition d'existence du contrat et pas la cause du contrat. Sans cette remise, il n'existe carrément pas de contrat et non simplement une absence de cause comme l'affirment les causalistes. V. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Op. Cit.*, p. 233 et s.

¹¹¹⁷ B. O. NWABUEZE, *Op. Cit.*, p. 275.

¹¹¹⁸ L'exemple le plus ancien trouvé est dans la décision *Thomas v. Thomas*, 1842, 2 Q.B. 851 commenté par J. PATTESON, cité par B. O. NWABUEZE, *Op. Cit.*, p. 275.

cette approche a été remplacée par la conception de la *consideration* comme « le prix de la promesse de l'autre partie »¹¹¹⁹ qui peut être pécuniaire, matériel ou même un simple geste symbolique.

[419] Un second rôle est celui du contrôle de la licéité du but poursuivi par les contractants¹¹²⁰ (cause du contrat). En ce sens, en vertu de l'article 1131¹¹²¹ du Code civil français, l'existence d'une cause est une condition *sine qua non* de la validité du contrat et de l'obligation qu'elle véhicule. La jurisprudence française a toujours eu une interprétation convergente et stricte¹¹²² de cette exigence de l'article 1131 précité. Le but de cette exigence était surtout de protéger le contractant et plus précisément le contractant vulnérable¹¹²³ dans une certaine mesure.

[420] Concernant le rôle qu'on donne à la *consideration*¹¹²⁴, il est de donner vie à la promesse d'une partie. La *doctrine of consideration* sert à vérifier qu'un accord présente

¹¹¹⁹ Notre traduction pour « the price of the other party's promise », cité par B. O. NWABUEZE, *Op. Cit.*

¹¹²⁰ Cause du contrat, elle est la réciprocité de la prestation de chaque partie dans un contrat synallagmatique. Elle s'oppose à une approche subjective de la cause encore qualifiée de téléologique que nous développerons plus loin en parlant de la cause en Afrique.

¹¹²¹ Article 1131 du Code civil français : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

¹¹²² Sur la fausse cause, BINET dans RTDCiv. 2004, p. 655; sur l'absence de cause, *Etudes Béguin*, Litec, 2005, p. 311 et JCP 2006, I, p. 177 et 194.

¹¹²³ Voir la saga Chronopost qui a permis de revenir en long et en large sur la notion de cause en France à travers les clauses limitatives de responsabilité. V. Cass. com. 22 octobre 1996 (pourvoi n° 93-18632) ; Cass. com. 09 juill. 2002 (pourvoi n° 99-12554); Cass. ch. mixte 22 avril 2005 (pourvoi n° 03-14112) ; Cass. com. 30 mai 2006 (pourvoi n° 04-14974) et Cass. com. 13 juin 2006 (pourvoi n° 05-12619) pour des détails.

¹¹²⁴ Il n'existe pas de définition exacte et unique de la *consideration*. L'une des définitions courante précise que celle-ci réside dans l'avantage retiré par le promissior ou le détriment résultant de l'accord pour le promisee. V. Sir Guenter TREITEL, *The Law of Contract*, 12^{ème} éd., Thomson, Londres, 2007, n° 3-004 et s., supra note 7, cité par Christine CHAPPUIS, « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Actes du Colloque de Ouagadougou tenu du 15 au 17 novembre 2007, et publié à la Rev. dr. unif. /Unif. Law Rev., 2008, p. 237, note 41.

un caractère de mutualité¹¹²⁵. En effet sans la preuve d'une *consideration*, il ne saurait y avoir de contrats *by parol* (promesse¹¹²⁶) en *common law*.

[421] Ces fonctions respectives des deux notions n'empêchent pas de constater au terme de l'analyse qu'il a plus d'intérêt pratique à les abandonner qu'à les maintenir. En effet, les fonctions qu'ils jouent chacun dans leur système sont atteintes autrement et de meilleure façon par d'autres mécanismes contractuels.

B- Intérêt pratique du rejet des deux notions comme solution dans l'AUDC

[422] Il existe de nombreuses raisons pratiques d'écarter textuellement chacun des deux concepts ce qui ne veut en rien signifier que leurs fonctions et les garanties visées en les utilisant dans chaque système ne soient pas atteintes.

[423] La première série d'exemples concrets nous est donnée par l'usage incohérent¹¹²⁷ et parfois inconstant¹¹²⁸ de la cause pour maintenir entre autres l'équilibre des prestations¹¹²⁹ du contrat alors que l'AUDC utilise la notion d'avantage excessif à cet effet et de fort belle

¹¹²⁵ Sir Guenter TREITEL, *Id.*, n° 3-001 et s., supra note 7.

¹¹²⁶ Pour preuve en *common law* seuls les *bargains i.e.* les opérations d'échange à finalité commerciale sont sanctionnées par le système. V. E. Arthur FARNSWORTH, *Contracts*, 3^{ème} éd., Aspen, 1998, § 1.2; 1.7; 2.2 et s.; cité par Christine CHAPPUIS, *Id.*, p. 260, note 39.

¹¹²⁷ Soraya Amrani MEKKI et Bénédicte FAUVARQUE-CAUSSON, *Droit des contrats*, Dalloz, 2006, n° 2638 et s. et 2641. Les auteurs affirment que « la multiplication des théories doctrinales (de la cause) et l'originalité des applications jurisprudentielles semblent faire perdre à cette notion toute cohérence ». L'incohérence découle aussi de l'incapacité à toujours d'abord démêler entre la conception objective ou celle subjective de la cause permettant de parler de cause de l'obligation ou de cause du contrat. Ensuite de laquelle des conceptions considérer pour opérer les fonctions de la cause en droit français.

¹¹²⁸ L'inconstance découle à notre avis de l'impossibilité de systématiser tous les cas où la cause est utilisée en droit français. On la retient actuellement : parfois sous forme d'absence de cause (impossibilité initiale d'exécution; vices de consentement; avantages excessifs; omissions dans l'AUDC) parfois en cas de cause illicite ou immorale (cas d'invalidité du contrat dans l'AUDC pour illicéité), etc.

¹¹²⁹ V. Jean-Marie GUEGUEN, « Le renouveau de la cause comme instrument de justice contractuelle », D. 1999, Chron. 352; Joseph DJOGBENOU, *Op. Cit.*, p. 136 et s. Cet auteur cherche à vérifier dans son exposé si l'AUDC reprend la cause comme instrument de justice contractuelle (1^{ère} partie) et comme instrument de police contractuelle (2^{ème} partie).

manière. En effet, en droit français, la lésion¹¹³⁰ n'est reconnue que dans certaines hypothèses légales limitativement énumérées. Le législateur français refuse de légiférer à ce propos et les juges utilisent la notion de cause à tort et de façon non unanime pour pallier cette lacune.

[424] L'AUDC par contre, inspiré des PU reconnaît à la lésion un champ d'application¹¹³¹ exceptionnellement large¹¹³² visant à offrir plus d'options de protection à la partie faible. Il est pertinent à cet égard de relever avec François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette la tendance de plus en plus affirmée des juges de fond français d'utiliser la notion de cause pour rétablir la justice contractuelle, assimilant en même temps absence de cause et rupture de l'équivalence contractuelle¹¹³³. La Cour de cassation française elle-même, opère le glissement. Attitude hypocrite¹¹³⁴ qui consiste à refuser une avancée législative tout en la recherchant ardemment par les effets de la jurisprudence grâce aux vestiges du principe ancien. Il semble donc que l'objectif poursuivi par la présence accrue de la notion de cause en jurisprudence française serait donc servi par la notion d'avantage excessif de l'AUDC. En réalité, rien n'est perdu car ce qui semble perdu d'un côté avec la suppression de la cause, est somme toute, récupéré de l'autre avec le champ d'application étendu de la lésion à travers le concept d'avantage excessif. Et pour ceux qui en France

¹¹³⁰ La lésion en droit français équivaldrait à un déséquilibre souvent économique des prestations pendant que l'absence de cause équivaldrait à une absence de prestations carrément. On ne voit pas comment les juges rapprochent les deux. La première se constate concrètement alors que le second est souvent subjectif et difficile à cerner *i.e.* abstrait.

¹¹³¹ Art. 3.10 des PU et de l'AUDC.

¹¹³² Cette exceptionnelle lésion serait tirée du paragraphe 138 al. 2 du BGB allemand et la rapprocherait d'un vice de consentement puisque l'appréciation de son fondement revient à des critères subjectifs. En effet, comme le permet l'article 3.10.1.a) de l'AUDC, l'appréciation de l'avantage excessif passe par la prise en compte du « fait que l'autre partie a profité de manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique ... » de la première. L'appréciation du caractère loyal ou non d'un acte n'étant en rien d'interprétation uniforme mais imprécise et subjective.

¹¹³³ La jurisprudence française en est arrivée à ça parce que le législateur n'a pas voulu légiférer en matière d'avantage excessif *ie* sur la lésion qui n'est que limitativement admise depuis la nuit des temps en droit administratif.

¹¹³⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 2^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2005, supra note 23, N° 603 et s. Parlant de son usage incohérent, ces auteurs ont pu écrire que la notion de cause est subtile, d'« une subtilité parfois inutile qui tourne au verbalisme ».

luttent toujours contre cette notion, on les reportera aux nombreux coups de boutoir assésés à la jurisprudence française et qui ne laissent plus croire à une réticence à l'acception du concept de lésion élargi à l'avantage excessif.

[425] Bénédicte Fauvarque-Cosson fait une analyse similaire, mais complémentaire dans un certain sens, puisqu'elle fait à juste titre le rapport analytique suivant : « Si d'après les Principes, une partie peut invoquer la nullité du contrat pour cause de lésion lorsque “*au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie*”, *a fortiori* peut-elle le faire lorsqu'il n'existe pas de contrepartie, l'avantage n'est plus seulement excessif, il est exorbitant ». Elle continue en concluant que « l'admission générale de la lésion rendait donc superfétatoire l'exigence d'une cause de l'obligation ». Ainsi les concepts de lésion élargie et la cause seraient deux réalités qui joueraient comme nous avons pu le relever des fonctions identiques telles que conçues respectivement dans le système des PU et dans le droit français.

[426] Toujours sous l'angle du pragmatisme, rappelons comme autre exemple de consolation des ardents défenseurs de la cause en droit français, qu'il ne restait pas grande chose de l'édifice de la cause en droit positif puisque dans un champ parallèle qui est celui des clauses abusives, le législateur français pour se conformer à la directive européenne du 5 avril 1993 avait déjà substitué à la notion de clause pénale celle de « déséquilibre significatif » qui dans un jeu de mots antonymiques, fait drôlement penser à l'avantage excessif lorsqu'on se place du côté de celui qui subit plutôt que celui qui profite de la situation invalidante du contrat.

[427] Par ailleurs, dans la réalité contractuelle mondiale actuelle, on oublie souvent de rappeler aux critiques de l'Avant-projet¹¹³⁵ que cause et *consideration* coexistaient mais

¹¹³⁵ Pour une opinion en accord avec la suppression des deux notions en droit OHADA, V. Christine CHAPPUIS, *Op. cit.*, p. 253 et s.

ont été supprimées du droit des contrats israélien¹¹³⁶ qui est actuellement un système mixte ayant subi des influences des deux traditions juridiques majeures que sont le *common law* britannique et le droit continental civiliste. Alors qu'on sait le droit suisse des contrats très prisé par le monde des affaires internationales, ce droit moderne des contrats depuis son adoption en 1881 ne connaît ni la cause telle que conçue en droit civil, ni la *consideration* de *common law*¹¹³⁷. Le législateur du BGB allemand l'avait lui aussi aboli¹¹³⁸. Un auteur¹¹³⁹ est même allé jusqu'à préciser à l'époque qu'il n'était plus nécessaire de reprendre les bien connues discussions et polémiques relatives à la nature et à la nécessité de ces principes autrefois requis et aujourd'hui galvaudés.

[428] Personne n'a jamais avec pertinence et acuité réussi à justifier pourquoi en plus de l'intention effective de contracter, le *common law* ajoutait¹¹⁴⁰ cet élément additionnel qu'est la *consideration*. Selon l'honorable Juge en chef Lord MANSFIELD¹¹⁴¹, la *consideration* n'est pas nécessaire¹¹⁴² et l'*Uniform Commercial Code* américain l'a même

¹¹³⁶ V. Alfredo MORDECHAI RABELLO, « Working Towards Codification of Israeli Private Law », in Herbert HAUSMANIGER, Helmut KOZIOL, Alfredo M. RABELLO and Israel GILEAD (Eds.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, Springer Rechtswissenschaft, SpringerWienNewYork, 1999, p. 291 et s.

¹¹³⁷ Christine CHAPPUIS démontre cette double réalité dans son article « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. Dr. Unif.*, 2008, p. 255 - 257.

¹¹³⁸ Justin MELONG, « Towards the Harmonization of Contract Law in OHADA Member States: the *Common Law* Experience », dans Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, du 26 au 28 octobre 2011 à Libreville au Gabon, Publications de l'ERSUMA, juin 2012, p. 312, note 722 ou encore Christine CHAPPUIS, *Id.*

¹¹³⁹ V. A. M. RABELLO, « Israeli: senza causa e senza consideration » in L. VACCA (Ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, 1998, p. 407 et s. de même qu'un autre article par A. GAMBIANO dans le même ouvrage aux pages 550 et s., cité par A. M. RABELLO, *Ibid.*, p. 297.

¹¹⁴⁰ Les tribunaux anglais ont assoupli cette exigence de *consideration* dans des cas précis tels que celui de modification du prix en cours d'exécution du contrat. *V. Williams v. Roffrey Bros and Nicholas Ltd*, 1991, 1, Q.B. 1, C.A., cité par Christine CHAPPUIS, *Id.*, p. 262, note 48.

¹¹⁴¹ *Pillans v. Van Mierop*, 1765, 3 Burr. 1163; ou encore *Hawkes v. Saunders*, 1782, 1 Cowper 289, cité par B. O. NWABUEZE, *Op. cit.*, p. 275 et s.

¹¹⁴² Pour une opinion plus mitigée voire contraire, on lira le professeur Willinston qui retient plutôt la *consideration* au détriment de l'intention de se lier contractuellement. WILLINSTON, *Selected Papers on the Law of Contract*, 1938, Section 21, cité par B. O. NWABUEZE, *Op. Cit.*, p. 275 et s., spéc. p. 151.

supprimé¹¹⁴³. Cette position de maintien de la *consideration* est d'autant plus absurde et reléguable que c'est d'un rôle symbolique qu'il s'agit ici, représenté par le mythique grain de poivre¹¹⁴⁴ du droit anglais.

[429] Ces exemples ainsi que d'autres faits¹¹⁴⁵ constituent la preuve que des tergiversations inutiles avaient et ont toujours cours, justifiant que le concept de *consideration*, qui était ballotté de longue date, est obscur¹¹⁴⁶ actuellement et l'intérêt de son maintien est non démontré. Il en résulte que sa suppression aux fins d'une uniformisation du droit des contrats dans l'Afrique plurijuridique ne serait pas problématique mais salutaire au regard des objectifs de l'Organisation. Ceci est d'autant plus évident qu'en droit ghanéen des contrats et précisément dans le *Contracts Act de 1960*, une promesse de maintenir une offre pour une durée déterminée ne peut être invalide pour manque de *consideration*¹¹⁴⁷. Aussi toujours dans le *Contracts Act* ghanéen¹¹⁴⁸, la simple promesse d'exécution d'un engagement contractuel peut être considérée comme un

¹¹⁴³ UCC § 2-209(1).

¹¹⁴⁴ Le « peppercorn » symbolique est suffisant pour que l'effet obligatoire du contrat soit admis selon Christine CHAPPUIS, *Op. Cit.*, p. 261 qui reprenait l'opinion d'Allan FARNSWORTH, précité et de Guenter TREITEL, précité qui parle d'« invented consideration » en argumentant que dans certains cas l'invention de la consideration « may help to make the operation of the doctrine of consideration more acceptable ». Contr. Patrick ATIYAH, *Essays on Contract*, Clarendon, Oxford, 1986, 179, 182 et s.

¹¹⁴⁵ La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ne consacre ni cause ni *consideration* comme condition de validité du contrat.

Les Principes européens du droit du contrat (PECL en anglais) aussi les ignorent royalement.

Les codifications nationales récentes font également l'impasse sur ces concepts qu'elles prisent en fonction de leur système juridique d'appartenance originelle. C'est le cas du Code civil néerlandais de 1992, du Code civil du Vietnam en 1995, du Code civil chinois en 1999, du BGB allemand réformé en 2002 qui tous ne font aucune mention de la cause malgré leur appartenance civiliste en général.

Il y a aussi l'*English Law Revision Committee* C.md. 5449 en 1937 qui ignore la *consideration* à l'instar de certains auteurs anglais dans leurs écrits notamment CHESHIRE et FIFOOT, *Op. cit.*, p. 276.

¹¹⁴⁶ C'est Hugues BEALE qui retient que ce « concept obscur et, en pratique d'une importance négligeable » est le premier candidat à la guillotine en cas de réforme du droit anglais des contrats. Hugues BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la Law Commission anglaise », R.D.C., 2006, p. 135 et s. et p. 143.

¹¹⁴⁷ Article 8 paragraphe 2 du *Contracts Act* du Ghana de 1960.

¹¹⁴⁸ Article 9 du *Contracts Act* du Ghana de 1960.

valable engagement contrairement à l'opinion stricte de *common law* qui y voit un acte unilatéral dépourvu de force contractuelle.

[430] En droit sud-africain également, pays qui peut être considéré comme modèle économique strictement de *common law* à première vue, les deux notions ont été purement et simplement supprimées¹¹⁴⁹ et de nombreuses propositions ont toujours été faites en ce sens à propos des deux notions¹¹⁵⁰. De quoi discute-t-on alors?

[431] La réalité pragmatique veut que l'on reconnaisse que dans chaque système, les difficultés de compréhension des différentes théories explicatives de ces deux concepts, couplées aux obstacles qu'ils représentent pour le juriste étranger ne favorisent pas la sécurité juridique, l'un des premiers buts poursuivis par la réforme des contrats de l'OHADA. L'harmonisation n'est manifestement pas possible en maintenant les deux concepts¹¹⁵¹. Il est donc plus responsable de se séparer des deux concepts et maintenir les autres théories plus simples et qui permettent d'atteindre efficacement les mêmes finalités que la cause et la *consideration*. L'AUDC opère une redistribution fonctionnelle salutaire de la cause et de la *consideration*.

[432] Contrairement à ces éléments de formation du contrat, propres à chaque système juridique que nous avons choisi de supprimer pour une meilleure cohésion et sécurité juridiques, il existe un élément indispensable à la naissance, la vie et la fin du contrat dont

¹¹⁴⁹ Voir CONRADIE v. ROSSOUW, (1919), AD 219, p. 323 où le juge DEVILLIER qualifie ces notions de non nécessaires au droit commercial sud-africain, cité par Justin MELONG, *Op. cit.*, p. 282.

¹¹⁵⁰ Comme le citait Justin MELONG, *Op. cit.*, p. 282, ROUAST en 1923 écrivait que « le concept de cause était patent pour ces obscurantismes acquis après un siècle de commentaires aussi ingénieux qu'ils étaient stériles ». Dans le cas de la *consideration* de *common law*, au dix-huitième siècle, Lord MANSFIELD appelait à l'abandon de la notion. CHLOROS quant à lui notait que le droit anglais ne perdrait rien si la doctrine de *consideration* venait à être abolie, etc. Traduction propre de l'auteur.

¹¹⁵¹ Il ne faudrait pas reproduire l'exemple des tergiversations stériles européennes où chaque système ou pire chaque état, tenait à conserver ses notions fondamentales sans qu'une recherche de concession nécessaire soit envisagée. Heureusement que la Commission a pensé à la voie de l'instrument optionnel qu'est la Directive couplé au Cadre commun de référence qui jouait avant le rôle de boîte à principes contractuels communs.

nous devons consacrer l'usage quelque soit le système juridique considéré pour assurer à toutes les étapes, l'intégrité pérenne du contrat en droit OHADA.

CHAPITRE 2 : L'intégrité pérenne du contrat en droit OHADA

« La bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif ». [En sus], « Faire appel à la loi morale peut servir à renforcer, atténuer ou affiner la règle juridique », Doyen Ripert¹¹⁵²

[433] Le Doyen Ripert ne croyait pas si bien dire dans le premier membre de cette citation, lui qui prédisait peut-être sans le savoir le rôle de la bonne foi plus de soixante ans avant notre époque. En effet, la bonne foi est devenue en l'espace de quelques décennies un principe transsystème en Europe et même en Amérique contrairement à ce que pourrait laisser penser l'opinion dominante. Elle assure et permet au juge de veiller à l'intégrité du contrat. Le phénomène n'est pas circonscrit à l'Outre-Atlantique et concerne également l'Afrique où on pourrait sans se tromper l'instituer en valeur africaine désormais universelle (**Section 1**).

[434] De façon concomitante, le renforcement ou l'affinement de la règle juridique entrevue avec une aisance prémonitoire par l'illustre Doyen Ripert¹¹⁵³ à travers le concept de bonne foi, sert ici au juge principalement, et au législateur accessoirement, pour sanctionner avec le concours d'autres motifs jugés pertinents, la perte d'intégrité du contrat (**Section 2**).

¹¹⁵²RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, 4^{ème} éd., p. 157, cité par PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, tome 208, L.G.D.J., 1989, notes 6 et 7, p. 11.

¹¹⁵³ RIPERT, G., *Id.*, p. 8.

SECTION 1 : La bonne foi comme principe trans-systémique assurant l'intégrité du contrat

[435] Peut-on affirmer sans se tromper que la bonne foi fait partie des principes généraux en matière contractuelle africaine? Pour y répondre il faudra d'abord vérifier la question en droit du commerce international. Autrement dit, la *lex mercatoria* internationale comprend-elle le principe de bonne foi? La réponse est un peu difficile sachant que la règle de la bonne foi n'est pas totalement admise en *common law* plus spécifiquement dans les règles précontractuelles du *common law*. Ainsi, après une clarification du faux rejet du principe de bonne foi en *common law* contractuel (**paragraphe 1**), nous essayerons de montrer en quoi est-ce que nous assistons à une consécration du principe par la *lex mercatoria* et que des manifestations de ce principe existent dans la *lex africana* (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le faux rejet de la bonne foi en *common law* contractuel

[436] Il faut de prime abord distinguer entre rejet de la bonne foi et rejet de principes clé qui découlent de ce standard juridique¹¹⁵⁴. C'est notamment le cas des obligations de négocier et de renégocier qui ne seraient pas admises en droit anglais¹¹⁵⁵. En effet, on a souvent invoqué la décision *Walford c. Miles*¹¹⁵⁶ pour affirmer l'inexistence d'une exigence de bonne foi en droit anglais. Or, ce que dit *Walford c. Miles*, c'est qu'il n'existe

¹¹⁵⁴ V. Eleanor CASHIN RITAINE et Élodie MAÎTRE ARNAUD (Ed.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruylant, Schulthess, 2008, 634 pp, spéc., p. 71 et s.

¹¹⁵⁵ Rabih MONZER, *La négociation des contrats internationaux*. Une harmonization des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 17 et s.

¹¹⁵⁶ WALFORD c. MILES, 1992, 2. AC. 128; 1992 1 All E.R. 453 1992 2 WLR 174.

pas d'« obligation de négocier de bonne foi » en droit anglais, ce qui en rien ne signifie que la bonne foi n'existe pas. La bonne foi, principe général, est à nuancer de l'obligation de négocier de bonne foi qui en est une subdivision. Et même sur ce point jurisprudentiel de droit anglais, il faut relativiser car on ne peut affirmer avec certitude qu'à ce jour, aucun revirement de la Chambre des Lords¹¹⁵⁷ n'est intervenu à ce sujet.

[437] Nous retenons pour les fins de cette étude, les trois étapes contractuelles majeures que sont : la bonne foi avant la conclusion du contrat (phase précontractuelle); la bonne foi pendant l'exécution du contrat et la bonne foi dans l'interprétation du contrat (phase post-contractuelle). Nous tenterons d'abord de clarifier la question de l'existence de la bonne foi en *common law* précontractuel (A-). Ensuite nous reviendrons sur l'idée largement acceptée de l'inexistence de la bonne foi en *common law* post-contractuel (B-).

A- L'existence de la bonne foi en common law précontractuel

[438] Concernant la première étape soit celle précontractuelle, le principe ne faisait pas unanimité en *common law* britannique. La polémique existe depuis l'arrêt de principe dans l'affaire *Walford c. Miles*¹¹⁵⁸. Cet arrêt coula dans le béton le refus de reconnaître une obligation de négocier de bonne foi dans le *common law*. Plus tard, Lord Ackner confirma cette opinion qui voulait que l'obligation de négocier pendant la phase précontractuelle manquerait de trop de certitude pour être figée par le droit à travers une obligation contractuelle.

¹¹⁵⁷ Pour une opinion contraire énoncée en 2008, V. John CARTWRIGHT, « L'obligation de négocier? Un domaine de concurrence entre droit anglais et droit français des contrats », dans Jean Du BOIS De GAUDUSSON et Frédérique FERRAND (Dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Acte du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008, p. 49 et s., spéc., p. 51, note 11.

¹¹⁵⁸ Arrêt de la Chambre des Lords rendu en 1992 et qui n'a toujours pas fait l'objet d'un revirement à ce jour.

[439] Dans les principes UNIDROIT c'est l'article 2.1.15 qui codifie le devoir de bonne foi dans la phase précontractuelle¹¹⁵⁹. Il est aisé de remarquer qu'il existe justement un risque de conflit avec le principe de la liberté contractuelle. Il y a une *épée de Damoclès* psychologique qui plane sur les contractants. L'énumération non exhaustive¹¹⁶⁰ des actes et faits de la phase précontractuelle susceptibles d'être constitutifs d'un comportement de mauvaise foi fait peser sur les parties une pression psychologique utile pour la bonne marche du contrat. Cependant, parce que les parties ne peuvent effectivement prévoir avant que le juge ou l'arbitre ne se soit prononcé, si tel ou tel comportement est jugé contraire à la bonne foi, il y a une possible atteinte à leur liberté contractuelle d'initier et de rompre les négociations. Cet argument est présentable¹¹⁶¹ mais pas décisif. Dans la majeure partie des différends contractuels, d'exécution ou d'interprétation du contrat, les parties ne savent pas non plus le sort de leurs actions tant que le juge ou l'arbitre ne s'est pas prononcé.

[440] Il est sûrement possible de retracer une décision de juridiction de *common law* qui aurait retenu le principe de l'obligation de négocier le contrat de bonne foi comme un principe général de la *lex mercatoria*. Qu'à cela ne tienne, si besoin est de le préciser, le

¹¹⁵⁹ L'AUDC prévoit le même principe à l'article 2.15.

¹¹⁶⁰ L'article ne prétend pas couvrir tous les cas d'obligation de bonne foi justement par l'usage avisé de l'adverbe « notamment ».

¹¹⁶¹ Entre autres parce que l'opinion admet en se basant sur les précédents suivis que les Anglais accorderaient plus d'importance au besoin de certitude dans la prévisibilité des résultats des affaires judiciaires que les juristes de droit continental : ce qui n'est pas vrai à notre avis. Le juriste de droit continental accorde autant de prix à la constance et la prévisibilité judiciaire juste que les processus permettant de vérifier cette réalité semblent plus affinés en *common law* qu'en droit continental ce qui donne cette fausse impression.

Coran¹¹⁶², les doctrines musulmanes malékite¹¹⁶³ et hanéfite¹¹⁶⁴ et le droit mixte tunisien¹¹⁶⁵ retienne ce principe majeur du droit du commerce international.

[441] On note aussi que les travaux du Dr Mc Gregor pour la *Law commission anglaise*¹¹⁶⁶ avaient proposé une réforme du droit anglais des contrats et retenu d'introduire la bonne foi dans le *Contract Code*¹¹⁶⁷. Le *common law* ne l'a malheureusement pas retenu. Il été possible de trouver quelques sentences¹¹⁶⁸ où les arbitres ont retenu le principe de l'article 2.1.15 des PU suite à la référence expresse aux PU par les parties.

[442] On peut donc conclure qu'il n'existe pas un usage répété et continu de la bonne foi précontractuelle accepté dans la *lex mercatoria*. Toutefois une tendance à ne point négliger se développe de plus en plus. Les juristes de *common law* trouvent de moins en moins pertinent le rejet de l'obligation de négocier de bonne foi par leur système juridique. C'est du moins le cas¹¹⁶⁹ lorsque les parties se sont engagées expressément à négocier de bonne foi. Dans ce cas, ce serait le refus de considérer l'obligation de négocier de bonne foi qui constituerait une flagrante violation de la volonté des parties par le juge.

¹¹⁶² XXIII, 8; XXVI, 183; LXX, 32, cité par Lotfi CHEDLY, « Le code des obligations et des contrats tunisien, précurseur d'une *lex mercatoria mediterranea* ? », in Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 225 et s., spéc. p. 230.

¹¹⁶³ Il s'agit de: Khalil, Taoudi, Tasouli, Tohfat Ibn Kacem, cité par Lotfi, CHEDLI, *Id.*, p. 286.

¹¹⁶⁴ Notamment la Medjella, Morched-el-hairan, Radd, el Mehtar, Fetaoua Hendia, Ibn Nadjm, Hamaoui, cité par Lotfi CHEDLI, *Op. cit.*, p. 286.

¹¹⁶⁵ Art. 265 du projet de Code civil et commercial tunisien devenu Art. 243 du Code des obligations et des contrats de Tunisie.

¹¹⁶⁶ H. MCGREGOR, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Milano, 1993.

¹¹⁶⁷ Article 201 du projet de réforme.

¹¹⁶⁸ Voir par exemple la sentence n° 8540 du 04 septembre 1996 citée par Federica RONGEAT-LOUDIN et Martin OUDIN, *Op. cit.*, page 710, note 51.

¹¹⁶⁹ On lira avec intérêt la décision *Petromec Inc. c. Petroleo Brasileiro S.A.* ([2005] E.W.C.A. Civ. 891, [2006] 1 Llyod's Rep. 161, [121]). Dans cette décision LONGMORE L. J. indiquait « réputer inefficace une clause à laquelle les parties ont donné leur accord délibérément et explicitement serait grave... En disant que celle-ci ne crée aucune obligation légale, comme l'a dit Lord Ackner, le droit frustrerait délibérément les espérances raisonnables des parties honnêtes ». Citée par John CARTWRIGHT, *Ibid.*, p. 288, spéc. p. 54, note 22.

B- L'affirmation erronée de l'inexistence de la bonne foi en common law post-contractuel et dans la lex mercatoria

[443] De façon générale, le principe de bonne foi a toujours existé en *common law* britannique. Déjà en 1766¹¹⁷⁰, le principe de la bonne foi était clamé haut et de fort belle manière comme caractérisant le droit anglais des relations contractuelles, par Lord Mansfield même si ses conclusions étaient tirées spécifiquement d'une jurisprudence en droit des assurances maritimes¹¹⁷¹, domaine par excellence du droit anglais. Il affirmait justement que:

“The governing principle is applicable to all contracts and dealings: Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from the ignorance of that fact, and his believing the contrary. [...] The reason of the rule which obliges parties to disclose, is to prevent fraud, and to encourage good faith.”

[444] Le principe rendait si bien compte de la pratique à l'époque qu'il fut codifié en 1906 par le droit des assurances maritimes d'Angleterre¹¹⁷². Sans fausse prétention, on peut affirmer que la bonne foi dans le domaine majeur d'expression et d'expansion du commerce britannique a toujours existé, été reconnu et même codifié pour s'appliquer pendant longtemps encore. À notre sens, ce ne sont que les biais du commerce au fil du temps, et surtout les interprétations doctrinales fondées sur ces biais qui ont entraîné la sclérose de cette valeur du commerce de l'époque pour que finalement certains auteurs

¹¹⁷⁰*Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905.

¹¹⁷¹ Dans les faits, il s'agissait d'un contrat d'assurance conclut par le propriétaire du Fort Marlborough sur l'île de Sumatra contre toute invasion étrangère pendant une année. Par la suite, dans la période visée par le contrat d'assurance, le Fort fut envahi par l'armée française mais l'assureur refusa d'indemniser l'assuré au motif qu'il avait omis sciemment de déclarer les risques exacts (rétention d'information pertinente ou réticence dolosive dirait-on de nos jours).

¹¹⁷² Maritime Insurance Act 1906 S 17. « (Insurance is uberrimae fidei). A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and if the utmost good faith is not observed by either party, the contract may be avoided by the other party. ».

dénient¹¹⁷³ toute existence généralisée au principe de bonne foi en droit commercial général britannique. La bonne foi a toujours existé à l'essence même du droit commercial britannique notamment en son cœur que constituaient les opérations de commerce maritime et des assurances.

[445] L'exécution du contrat nécessite également une prise en compte et un respect de la bonne foi : c'est la phase contractuelle durant laquelle la bonne foi est non seulement très utile mais est surtout admise comme telle par les milieux du commerce international. Les champs spécifiques de cet usage transfrontalier du principe vont du devoir de collaboration¹¹⁷⁴ (Art. 5.3 de l'AUDC) au *hardship*¹¹⁷⁵ (Art. 6.22 à 6.24 de l'AUDC), en passant par le devoir de minimisation du dommage ou d'atténuation du préjudice¹¹⁷⁶ (Art. 7.26 de l'AUDC).

[446] On ne devrait plus devoir citer les sentences arbitrales¹¹⁷⁷ où le devoir de collaboration est référencé et reconnu comme un principe de la *lex mercatoria* partagé en *common law*. Ceci d'autant plus que ce principe dans de nombreuses déclinaisons est codifié à l'article 39 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹¹⁷⁸.

¹¹⁷³ C'est le cas par exemple presque récemment de Lord Hobshouse qui s'exprimait à l'occasion de l'affaire du *Star sea* en 2003. « Lord's Mansfield universal proposition did not survive. The commercial and mercantile law of England developed in a different direction preferring the benefits of simplicity and certainty which flow from requiring those engaging in commerce to look after their own interests ». Voir *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Ins Co Ltd (The Star Sea)* [2003] 1 AC 469 [45] (House of Lords).

¹¹⁷⁴ Art. 5.1.3 des PU.

¹¹⁷⁵ Art. 6.2.1 à 6.2.3 des PU.

¹¹⁷⁶ Art. 7.4.8 des PU.

¹¹⁷⁷ UNILEX, www.unilex.info, Consulté le 10 avril 2010, répertorie huit (08) décisions propres à ce devoir de collaboration sous l'article 5.1.3 des PU.

¹¹⁷⁸ Cet article traite du défaut de conformité constaté par l'acheteur et qu'il doit dénoncer au vendeur dans un délai raisonnable au risque d'être déchu de son droit de se prévaloir du défaut de conformité par exemple.

[447] Le *hardship* dans l'exécution du contrat est directement lié à l'exigence de bonne foi voulant une renégociation du contrat lorsque les circonstances contractuelles changent. Nous y consacrons des développements plus importants dans le chapitre suivant¹¹⁷⁹.

[448] Pour ce qui est de l'obligation de minimiser le préjudice qu'on subit ou va subir du fait d'une inexécution ou mauvaise exécution de son cocontractant, elle a été consacrée par de nombreux instruments¹¹⁸⁰ internationaux du commerce et en arbitrage commercial¹¹⁸¹. Le droit français, qu'on pensait toujours hostile¹¹⁸² envers cette théorie de la *mitigation*, connaît de plus en plus de décisions en faveur¹¹⁸³ d'une telle occurrence. Une démarcation de cette seule exception française refusant la renégociation de bonne foi pour *hardship*¹¹⁸⁴, ne pouvant prétendre changer ou fixer la règle applicable comme *lex mercatoria*, surtout s'il est avéré que cette hirondelle connaît des contradictions à l'interne ou est en quasi-perdition¹¹⁸⁵, il est permis de retenir que cette obligation de renégocier le contrat, découlant

¹¹⁷⁹ Voir la deuxième partie/Titre 2/Chapitre 1/section 1/paragraphe 1^{er}.

¹¹⁸⁰ Elle est consacrée dans la Convention de Vienne de 1980 (art. 77, 85 et 86 à titre d'exemple); par la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international de 1988 (art. 13.6) pour ne citer que ces instruments là.

¹¹⁸¹ UNILEX répertorie 8 décisions relatives à l'obligation de minimiser le préjudice et les sentences arbitrales faisant état de cette obligation existaient déjà bien avant la première version des PU datant de 1994 confirmant si besoin est l'appartenance à la *lex mercatoria* de ce principe.

¹¹⁸² Cass. 3^{ème} civ., 18 mars 2009, n° 07-21260; RTD Civ. 2009, p. 528, obs. Bertrand FAGES.

¹¹⁸³ Depuis l'arrêt HUARD en France, on peut par extension retenir que l'obligation de minimiser le risque va de paire avec l'obligation de renégociation basée sur la bonne foi. Cass. Com., 3 nov. 1992, arrêt Huard, n° 90- 18.547, Bull. Civ. 1992, IV, n° 338, p. 241; JCP G 1993, n° 46-47, p. 469; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE; On consultera dans le même sens, Cass. Com., 24 nov. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 277, p. 232 ; JCP G 1999, II, n° 10210, note Y. PICOD ; RTD civ. 1998, p. 98, obs. J. MESTRE; ou encore Cass. Com, 29 juin 2010, n°09-67.369, D. 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD.

¹¹⁸⁴ Encore que cette affirmation doive être fortement relativisée au regard des nombreux projets franco-français qui proposent une modification du droit positif actuel. V. l'art. 92 du projet Terré; la proposition de loi du 22 juin 2011 poussée par Madame M.-H. THORAVALL; le projet Catala en son art. 1135- 1 à 1135-3) et l'art. 136 du projet de la chancellerie.

¹¹⁸⁵ La perdition ici est une métaphore pour désigner la réelle situation de confusion, ou simplement d'absence de consensus doctrinal et jurisprudentiel sur la question de l'admission ou non de la renégociation contractuelle de bonne foi pour cause de *hardship* en droit français des contrats.

directement de la bonne foi, est en fait déjà reconnue et consacrée à l'échelle du commerce international¹¹⁸⁶.

[449] La dernière phase contractuelle, celle de la bonne foi dans l'interprétation et la compréhension du contrat est primordiale. Il existe plusieurs situations où le recours à une interprétation sur le fondement de la bonne foi est nécessaire pour arriver à maintenir les effets du contrat tels que les parties l'avaient souhaité. Il peut s'agir d'une omission au contrat, d'obligations découlant implicitement de ce dernier ou de la tentative de détermination de la commune intention des parties au moment d'un désaccord.

[450] La recherche de la commune intention des parties est régie par l'article 4.1¹¹⁸⁷ des PU. Faute de pouvoir déduire directement une référence expresse à la bonne foi dans ce libellé, nous nous permettons de mener un raisonnement logico-analogique. La référence à la "personne raisonnable" peut-elle être une référence à une personne de mauvaise foi? Nous ne le pensons guère. La personne raisonnable en droit est « le bon père de famille », ce qui nous conduit à déduire que l'article 4.1 fait une référence implicite à une personne de bonne foi. Une explication similaire découle des écrits¹¹⁸⁸ de Federica Rougeat-Oudin et Martin Oudin qui retiennent que le terme raisonnable est pris ici comme la traduction en *common law* de la bonne foi objective des pays de droit civil. Cette bonne foi objective découlant de l'usage de la notion de raisonnable est ainsi reçue par la doctrine et la jurisprudence arbitrale majoritaire¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁶ Au-delà des PU, les PEDC prévoient le *hardship* découlant de la bonne foi à l'article 6.111 (version 1999); Le projet de CCR retient le principe de la renégociation en cas de changement des circonstances à son art. 3-1.110.

¹¹⁸⁷ Art. 4.1.2 : « Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité, placée dans la même situation ».

¹¹⁸⁸ Federica RONGEAT-LOUDIN et Martin OUDIN, « La réception des Principes Unidroit par la *lex mercatoria* : l'exemple de la bonne foi », RDAI 2009, n° 6, p. 697.

¹¹⁸⁹ C'est ainsi que nous pouvons mentionner sur UNILEX, la sentence CCI n° 9651 rendue en 2000 ou encore la sentence CCI n° 1434 rendue depuis 1975 et commentée au *Journal du droit international*, 1976, p. 978; la dernière étant tirée de l'article de Federica ROUGEAT-LOUDIN et Martin OUDIN, *Op. cit.*, p. 712, note 55.

[451] Dans le cas d'une omission au contrat ou d'obligations implicites, on se souviendra respectivement des articles 4.8¹¹⁹⁰ et 5.1.2¹¹⁹¹ des PU qui font une référence claire à la bonne foi et à ce qui est raisonnable pour tenter de décoder le sens de la commune intention des parties ou les obligations implicites qui découleraient de l'interprétation du contrat. Il s'agit à ce niveau de règles et principes communément admis par la communauté des marchands; en témoignent les décisions à ce propos que recense la base de données UNILEX¹¹⁹².

[452] Il existe plusieurs conceptions du principe de bonne foi. Même si un principe général d'observance de la bonne foi dans le commerce international est accepté, les PU ont semble-t-il adopté une approche un peu trop altruiste de la bonne foi dans le contrat pour que toutes ses applications soient acceptées et incorporées dans la *lex mercatoria*. Ceci ne veut pas dire que la bonne foi ne soit pas un principe de la *lex mercatoria*. C'est en tout point la conclusion à laquelle parviennent Federica Rougeat-Oudin et Martin Oudin¹¹⁹³.

[453] En matière précontractuelle, il semble qu'il y ait encore quelques réticences sérieuses à l'acceptation de la bonne foi dans le droit marchand transfrontalier, la loi mercatique internationale. À l'opposé, l'exécution du contrat et son interprétation sont deux autres étapes contractuelles qui permettent de noter la reconnaissance à nul autre pareil du principe de bonne foi et des déclinaisons en découlant. La similarité de cette conclusion est frappante avec le contexte africain.

¹¹⁹⁰ Article 4.8 : « À défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée.

Pour déterminer ce qui constitue une clause appropriée, on prend en considération notamment : (a) l'intention des parties; (b) La nature et le but du contrat; (c) la bonne foi; (d) ce qui est raisonnable. ».

¹¹⁹¹ Article 5.1.2 : les obligations implicites découlent : (a) de la nature et du but du contrat; (b) des pratiques établies entre les parties et des usages; (c) de la bonne foi; (d) de ce qui est raisonnable. ».

¹¹⁹² Pour l'article 4.8 il est recensé 8 décisions alors que pour l'article 5.1.2 il en existe 6 au total. Consultation en septembre 2011.

¹¹⁹³ Federica ROUGEAT-LOUDIN et Martin OUDIN, *Op. cit.*, p. 712 et s.

Paragraphe 2 : La bonne foi comme valeur universelle du droit africain

[454] Selon Yves PICOD¹¹⁹⁴, la bonne foi aurait deux sens. Le premier donnerait à la bonne foi la signification de « loyauté¹¹⁹⁵ dans les actes juridiques ». Le second serait une « croyance erronée et excusable ». Il va de soi que c'est la première assertion qui nous intéresse plus dans ces lignes.

[455] La bonne foi, et partant le devoir de loyauté, est de nos jours l'un « des piliers du nouvel ordre contractuel »¹¹⁹⁶. La bonne foi se serait « transformée en un principe général de droit des contrats »¹¹⁹⁷ selon la doctrine belge¹¹⁹⁸, allemande¹¹⁹⁹ et la jurisprudence de ces pays¹²⁰⁰ incluant de toute évidence celle française¹²⁰¹.

¹¹⁹⁴ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 1989, t. 208, n° 6.

¹¹⁹⁵ La loyauté à elle seule mériterait toute une thèse. Voir La loyauté, Mélanges offerts à Etienne CEREXHE, Ed. Larcier 1997. Le catalogue central des thèses de France permet de recenser par exemple près d'une trentaine de thèses avec le titre loyauté à la date du 31 décembre 2012.

¹¹⁹⁶ Dans un tel sens, V. Yves PICOD, Thèse précitée, n° 6 et s. ou encore Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'honneur de François TERRE, D. PUF 1999, p. 604 et s.

¹¹⁹⁷ A. CATHIARD, « Quand la bonne foi trouve un second souffle », D. 2005, n° 22, p. 1462 et s.

¹¹⁹⁸ P. Van OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, un principe général de droit ? », RGDC, 1987, p. 101, cité par Rabih MONZER, *La négociation des contrats internationaux. Une harmonization des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 113, note 557.

¹¹⁹⁹ La bonne foi ou Bona fides de droit romain est qualifiée de Treu und Glauben dans le droit allemand ce qui littéralement veut dire, « fidélité et foi », cité par Rabih MONZER, Id. p. 113, note 563. V. R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, « Good Faith in European Contract Law: Surveying the legal landscape », in *Good Faith in European Contract Law?* Cambridge University Press, 2000, p. 7 et s.

¹²⁰⁰ 23 novembre 1923 RGZ 107, 78 et s. cité par Rabih MONZER, Ibid. p. 114, note 565. Cette décision de la Cour suprême allemande a préféré écarter la loi monétaire tant qu'elle ne peut pas se concilier avec la bonne foi.

¹²⁰¹ V. par exemple *Solhard c/ SARL Le mas des douze*, CA Agen, 1ère ch. 21 août 2002, JCP 2003, n° 42, p. 1829, note A. LÉCOURT, cité par Rabih MONZER, Ibid. p. 113, note 558.

[456] L'AUDC¹²⁰² ne s'est pas éloigné de ce principe général de la *lex mercatoria* et du droit africain et l'option est louable à notre avis¹²⁰³. La bonne foi reconnue formellement en droit africain étant l'un des principes majeurs¹²⁰⁴ codifiés par les PU, elle a été qualifiée de « principe fondamental de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats » par un commentateur africain¹²⁰⁵. Toutefois, au regard de l'absence d'autorité intrinsèque des PU qui ne sauraient déduire leur légitimité de la seule affirmation unilatérale faite par les rédacteurs eux-mêmes¹²⁰⁶, il faut tenter de prouver cet usage trans-systémique de la bonne foi qui se positionne comme faisant partie des pratiques et usages constants et répétés du commerce transfrontalier africain.

[457] Nul n'ignore que les droits des contrats africains postcoloniaux comportent en leur sein le principe de la force obligatoire des contrats¹²⁰⁷ qui fait une référence assez explicite à la bonne foi contractuelle¹²⁰⁸. En remontant plus loin dans le temps on se rend aisément compte qu'il s'agit de la consécration du principe du respect de la parole donnée qui est chère à nombre de traditions africaines¹²⁰⁹. En effet, on mentionnera pour appuyer notre

¹²⁰² Art. 1.6. et 2.15.2.

¹²⁰³ Louable puisqu'il est ainsi repris un principe phare de la *lex mercatoria* et des PU qui en sont un *Restatement*. Ceci d'autant plus que les règles de bonne foi reprises par les PU, ont été directement qualifiées de *lex mercatoria* par un certain nombre de décisions. En rapprochant les décisions sur UNILEX (www.unilex.info) référencés comme des principes, « expression de la *lex mercatoria* »; « expression des principes généraux du droit » et « comme usages pertinents du commerce » nous avons relevé plus de quarante (40) décisions pertinentes en ce sens.

¹²⁰⁴ À titre d'exemple on pourra consulter la sentence CCI N° 8365, publié au *Journal de droit international*, 1997, p. 1078 et s. Cette sentence reconnaît par exemple la règle du *pacta sunt servanda*, le principe du *favor validitatis*, le respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat et la renégociation de bonne foi du contrat en cas de difficultés imprévues. Sentence tirée de : Federica RONGEAT-LOUDIN et Martin OUDIN, « La réception des Principes Unidroit par la *lex mercatoria* : l'exemple de la bonne foi », RDAI 2009, n° 6, p. 697, spéc. p. 708, note 50.

¹²⁰⁵ Félix ONANA ÉTOUNDI à propos De la présentation de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats dans Paul-Gérard POUYOUÉ (Dir.), *L'encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Déc. 2011, p. 151, n° 497.

¹²⁰⁶ Ils se basent en général sur une étude faite à partir de la base de données UNILEX¹²⁰⁶ mise sur pied par UNIDROIT et qui recense les décisions citant les PU.

¹²⁰⁷ Art. 1134 du Code civil français.

¹²⁰⁸ Cf. la fin de l'article 1134 (alinéa 3) qui précise parlant des conventions légalement formées, qu'elles doivent être exécutées de bonne foi.

¹²⁰⁹ V. Amadou HAMPATE BA, *Aspects de civilisation africaine*, Présence africaine, Paris, 1972, p. 25 et s.

argumentaire, l'importance accordée à la parole en général et à son respect en particulier dans le contexte africain. Et qui de mieux indiqué que Léopold Sedar Senghor¹²¹⁰ pour nous prêter sa plume à cet exercice de justification.

« Puissance de la parole en Afrique noire. La parole parlée [donnée], le Verbe, est l'expression par excellence de la force vitale, de l'être dans sa plénitude [...]. Elle [la parole] possède une vertu magique [sacrée], elle réalise la loi [...] »¹²¹¹.

[458] La parole donnée que l'on doit respecter est donc érigée en dogme en Afrique et elle est le signe de l'importance connexe de la bonne foi puisque qui ne respecte pas sa parole n'est pas de bonne foi et vice versa.

[459] De plus, nul n'osera contester l'existence d'un devoir général de bonne conduite et de loyauté que l'histoire africaine enseigne à force de récits¹²¹². De nombreuses coutumes et règles africaines le rappellent en abondance¹²¹³ et les proverbes et citations africains¹²¹⁴ en ce sens sont légion. Or la loyauté contractuelle, le devoir de bonne conduite est rattachable aisément et a déjà été rattaché à la bonne foi¹²¹⁵. On peut donc retenir qu'une

¹²¹⁰ Premier Africain Agrégé de grammaire en France, premier président de la République du Sénégal son pays natal, premier Africain, membre de l'Académie française, il est surtout connu comme écrivain, poète et dramaturge ayant conduit la Négritude hors des sentiers battus. V. http://fr.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9opold_S%C3%A9dar_Senghor, Consulté le 22 mai 2012, pour d'autres éléments biographiques.

¹²¹¹ Léopold Sedar SENGHOR, *Liberté 1. Négritude et humanisme*, Paris, Seuil, 1964, p. 209.

¹²¹² Pour exemple, l'histoire de notre pays le Bénin, ex Dahomey (lire Dan xo mê comme en langue local Fon) nous a bercé à travers les récits palpitants de bravoure, de dignité en toute circonstance et de bonne conduite de Kondo le requin, prince du Dan xo mê qui résista à la colonisation de fort belle manière. Ses épopées contre le colonisateur, sa bonne conduite et sa loyauté envers sa patrie sont relatées entre autre par Jean PLIYA, *Kondo, le requin*, 4^{ième} éd. CLE, Yaoundé, 1981. À la page 100, l'auteur affirme justement : « Quand un homme renie sa dignité est-il encore quelque chose? ».

¹²¹³ Pour un vivier, consulter Birago DIOP, *Les contes d'Amadou Koumba*, Paris, Présence africaine, 1947. Exemple à la page 84, « La honte tue plus lentement mais plus sûrement que le fer d'une lance ou que la balle d'un fusil. ».

¹²¹⁴ Wolé SOYINKA grand écrivain nigérian, opposant à la Négritude, Prix Nobel de littérature en 1986 affirme par exemple que « La vie est honneur. Elle s'achève lorsque l'honneur disparaît », in *La mort et l'écuyer du roi*, (traduit de l'anglais), Paris, Hatier, 1986, p. 22.

¹²¹⁵ Aurelie BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Thèse de doctorat, L.G.D.J., Paris, 2008, Coll. Bibliothèque de droit privé, p. 290. Cet auteur parle de l'existence d'un devoir général de bonne conduite qu'elle classe comme une subdivision du devoir de bonne foi.

extension de la bonne foi se retrouve codifiée en règle coutumière en Afrique. Cette bonne foi coutumière ne devrait pas faire défaut en matière contractuelle africaine d'où la prétention à l'existence d'un devoir général de bonne foi en droit africain des contrats.

[460] Les codifications post-indépendance confirment cet état de choses. La preuve en est de la codification de l'exception d'inexécution¹²¹⁶ comme manifestation de la mauvaise foi du cocontractant toujours basée sur le principe du respect de la parole donnée¹²¹⁷. L'exemple des codes civils zaïrois¹²¹⁸, burundais¹²¹⁹, sénégalais¹²²⁰ et rwandais¹²²¹ est assez éloquent à cet égard.

[461] Par ailleurs, on a déjà eu l'occasion¹²²² de démontrer toute l'importance du secteur transactionnel informel en Afrique. Il a été opéré en doctrine, un rapprochement doctrinal entre informel et mauvaise foi dans les affaires en Afrique : certains affirmant que l'informel se caractérise par de la mauvaise foi¹²²³. Au surplus, si l'on venait à mettre en doute l'existence et l'ancrage de la bonne foi dans la culture contractuelle africaine, arguant d'une érosion de cette dernière au profit de la mauvaise foi, il ne s'agirait alors que d'une raison de plus pour ériger cette bonne foi en dogme.

¹²¹⁶ *Exception non adimplenti contractus*. V. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris Dalloz, 19^{ème} éd., 2012.

¹²¹⁷ Un adage africain (du Sud du Bénin) affirme qu'« on ne peut pécher vis-à-vis d'un lâche ». Le lâche dans le contexte du proverbe faisant référence à quelqu'un qui ne respecte pas sa parole, à qui on ne saurait se fier.

¹²¹⁸ En matière de vente, art. 289 et 290; art. 367 en matière d'échange et art. 511 concernant le droit de rétention dans le code civil zaïrois.

¹²¹⁹ Le code civil burundais à l'instar de celui zaïrois retient en matière de vente les art. 289 et 290; en matière d'échange c'est l'art. 367 et l'art. 511 pour ce qui est du droit de rétention.

¹²²⁰ L'*exceptio non adimpleti contractus* est consacré dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) à l'article 108 en termes généraux (« dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation, l'autre est déliée du contrat »). En matière de vente, le principe se retrouve à l'article 281 alors que l'art. 280 est relatif au droit de rétention.

¹²²¹ La règle fait partie du droit rwandais des obligations également, quasiment aux mêmes articles que le droit congolais précité.

¹²²² Chapitre 2 du Titre 2 de la première partie.

¹²²³ Voir J. M. MBOCK BIUMLA, « Une lecture d'Afrique de l'article de Marcel Fontaine sur le projet d'Acte uniforme sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT, relatifs aux contrats du commerce international », cité par Félix ONANA ÉTOUNDI, *Op. Cit.*, p. 152, n° 397.

[462] Cette tendance ancienne est déjà concrétisée à travers l'Avant-projet d'Acte uniforme puisque son article 2.15¹²²⁴ relatif à la mauvaise foi dans les négociations prévoit que :

« la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. [Ce même article retient comme étant,] notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord ».

[463] C'est donc le lieu de se satisfaire de l'importance donnée à la bonne foi dans l'AUDC aussi bien dans la phase précontractuelle que celles suivantes. Il s'agit là de la consécration de cette bonne foi qui est à n'en point douter un principe trans-systémique et quasi-universel en droit contemporain des contrats.

SECTION 2 : La perte d'intégrité du contrat sanctionnée en droit OHADA

[464] Il est important de souligner ici que les PU excluent expressément¹²²⁵ de leur champ d'application certains motifs d'invalidité (capacité, moralité et illicéité du contrat), figurant dans les divers systèmes juridiques nationaux. La raison officielle tient au fait que les questions de statut juridique et d'ordre juridique sont extrêmement complexes et objet d'un traitement fort différencié et diversifié d'un ordre juridique interne à un autre. Il faut tout de même retenir qu'on pourrait expliquer simplement la logique de ne pas traiter des questions de validité du lien contractuel à travers le choix du rejet de la cause et de la considération. En effet, on est capable de soutenir que les questions d'immoralité et

¹²²⁴ Équivalent dans les P.U. à l'article 2.1.15.

¹²²⁵ Voir Commentaire officiel des PU sous l'article 3.1 qui se lit comme suit : « Ces principes ne traitent pas de l'invalidité découlant : a) de l'incapacité des parties; b) de l'immoralité ou de l'illicéité du contrat. ».

d'illécité de l'obligation et/ou du contrat ne sont pas traitées par les PU parce que justement elles relèvent directement de la notion de cause, du moins pour ce qui concerne les pays francophones africains ayant hérité leurs droits des contrats de la tradition civiliste du Code Napoléonien. C'est toujours l'article 1131¹²²⁶ du Code civil français qui régit ces questions et on comprend du coup la logique gouvernant ces choix des PU et les autres raisons pouvant justifier le maintien de telles solutions en référence avec nos développements précédents relatifs à la cause civiliste vs la *consideration* de *common law*¹²²⁷.

[465] Cette lacune, pour ce qui concerne l'AUDC a été comblée. Le chapitre trois (03) de l'AUDC intitulé *Validité* est plus complet que ne le sont les PU puisqu'il traite dans une première section des cas d'invalidité. Une seconde section est relative aux nullités qui en découlent. Nous avons choisi de traiter des cas d'invalidité d'abord pour ensuite soulever le problème des sanctions y afférentes.

[466] Pour ce qui concerne l'illécité, l'immoralité et la capacité, il s'agit en apparence de dispositions nouvelles. C'est le cas si on se base sur la référence que sont les PU mais en réalité, les articles 3.1 et 3.2 de l'AUDC reprennent simplement sous leur titre respectif « illécité » et « capacité », les conditions posées par les articles 1131 et 1133 (illécité et immoralité) ainsi que l'article 3 (capacité) du Code civil français. Par référence aux PU et de façon plus spécifique au droit OHADA, les nouveaux cas d'invalidité du contrat dans l'AUDC seront clarifiés en primeur (**Paragraphe 1-**). Nous procéderons ensuite à l'analyse d'un autre possible cas d'invalidité du contrat non encore prévu par l'AUDC (**Paragraphe 2-**).

¹²²⁶ Spécifiquement en son alinéa portant sur la licéité de la cause du contrat.

¹²²⁷ Supra Section 2 précédente.

Paragraphe 1 : Les causes d'invalidité du contrat

[467] Nous développons sous ce paragraphe, dans un premier axe, les vices du consentement souvent retrouvés à travers les codes civils des États-Parties. Un second axe nous permet d'aborder des causes possibles d'invalidité du contrat que nous pouvons retrouver dans la pratique coutumière contractuelle. Ces deux axes regroupent tout de même des causes qualifiées de causes classiques d'invalidité du contrat (A-). Le caractère classique de cette seconde catégorie est tout de même discutable. En effet, elle s'évertue à démontrer l'originalité de certaines pratiques traditionnelles africaines en matière de contrat. Nous tentons justement de catégoriser comme vices du consentement certains moyens coutumiers, utilisés par les traditions africaines dans leurs échanges commerciaux. Ces moyens viciant parfois l'entente contractuelle, et reconnus comme tels dans les traditions africaines en fonction des appartenances tribales et de la casuistique caractérisant le règlement des litiges, peuvent-ils de nos jours être élevés au rang de causes d'invalidité du contrat?

[468] A ces dernières causes qualifiées de classiques, nous ajoutons une nouvelle cause viciant le contrat, déjà reconnue par une partie de la jurisprudence étrangère et que le législateur de l'OHADA gagnerait à formaliser à l'image de nombreux autres législateurs (B-).

A- Les causes classiques

[469] Au sein des clauses classiques, nous avons celles qui peuvent être qualifiées de modernes et que le cadre de référence OHADA en droit des contrats peut difficilement rejeter (1-). A côté, il y a celles qui relèvent de certaines pratiques coutumières et que la

prudence conseillerait de rejeter car elles sont parfois difficiles à appréhender scientifiquement (2-).

1. La rétention des causes classiques modernes

[470] Nous verrons dans une première sous-partie l'avantage excessif, assez singulier en droit OHADA pour être développé séparément au titre des causes classiques d'invalidité du contrat (a.). Dans une seconde sous-partie, les autres causes classiques que sont l'erreur, le dol, la contrainte et l'illicéité, tous biens connus à travers les codes civils africains nous intéresseront (b.).

a. *L'avantage excessif ou la lésion requalifiée en droit OHADA*

[471] Disons-le d'emblée, nous sommes d'avis que la reconnaissance de la lésion ou avantage excessif en droit OHADA contribue à confirmer que le droit commun OHADA des contrats est marqué du sceau de la justice contractuelle¹²²⁸. Une fois encore, comme on l'aura noté d'entrée de jeu, cette question est le lieu de revenir sur le désormais vieux duel entre « liberté contractuelle justice contractuelle »; entre intégrité du contrat et solidarité contractuelle¹²²⁹!

[472] La lésion¹²³⁰ est communément admise comme le préjudice que subit une partie du fait de la disproportion entre les prestations du contrat. La lésion est caractérisée dans les

¹²²⁸ Une idée similaire a été énoncée par la professeure Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », Revue de droit de McGill, 1999, n° 22, p. 903 et s., spéc. p. 910.

¹²²⁹ Nous reviendrons sur ce duel à l'occasion des questions d'imprévision ou *hardship* et de renégociation contractuelle.

¹²³⁰ Art. 3.10 de l'AUDC.

PU et l'AUDC lorsque le contrat crée un déséquilibre significatif en accordant un avantage excessif à un contractant au moment de la conclusion du contrat¹²³¹.

[473] Le vrai dilemme résulte du choix de la sécurité des transactions indispensable en Afrique pour le développement économique opposé à la possibilité de modulation des contrats par un juge aux pouvoirs étendus. La question soulève aussi la difficulté du fait qu'en Afrique, il y a une forte disparité des contractants et donc une plus grande probabilité que certaines parties économiquement fortes s'imposent à d'autres plus faibles. Malgré ce risque le Sénégal a choisi de ne pas codifier et permettre la lésion¹²³² *i.e.* l'adaptation judiciaire du contrat en présence d'avantage excessif.

[474] Personnellement nous pensons que la faiblesse probable d'un contractant, couplée au besoin d'assurer un maintien de l'équilibre contractuel pour un tissu économique stable, justifierait amplement que l'adaptation judiciaire du contrat pour lésion soit codifiée. L'équilibre contractuel balancerait judicieusement la sécurité puisqu'il y concourt aussi. La protection de la partie faible et le maintien d'un tissu économique stable légitimerait aussi l'intervention circonstancielle du juge dans les contrats léonins et il ne s'agirait ni plus ni moins que d'un effet de proportionnalité¹²³³ entre les deux intérêts en présence afin de ne pas remplacer le déséquilibre flagrant et excessif du faible par le désavantage judiciaire du contractant économiquement fort.

[475] Une bonne référence peut être trouvée dans le Code civil du Québec¹²³⁴ qui au départ¹²³⁵ avait retenu une codification de la lésion. Suite à quelques résistances doctrinales

¹²³¹ En cela, l'avantage excessif se distingue du *hardship* qui survient après la conclusion du contrat.

¹²³² Voir article 75 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

¹²³³ Martine BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif » du Colloque du 20 mai 1998, P.A. 30 mai 1998, n° 117, p. 3 intitulé *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*

¹²³⁴ Loi du Québec; LQ. 1991, c. 64.

¹²³⁵ Voir Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations* de l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 75-76. Le *Projet de Code civil* du Québec ;

et des pressions professionnelles, les personnes morales et les personnes physiques contractant pour les fins de leur entreprise¹²³⁶ furent exclues de ce droit au recours. Finalement, la lésion fut tout de même codifiée¹²³⁷ mais uniquement dans des sphères précises limitativement énumérées. Au Québec, son champ d'application fut réduit aux seuls mineurs, aux majeurs protégés et aux différents cas reconnus par la loi¹²³⁸. La lésion se retrouve ainsi éparpillée dans le Code civil québécois à travers d'autres régimes spéciaux tels que celui des contrats d'adhésion et de consommation¹²³⁹, celui de la renonciation de l'un des époux au partage du patrimoine familial¹²⁴⁰, celui de la renonciation aux acquêts¹²⁴¹ et celui du prêt d'argent¹²⁴² pour ne mentionner que ceux-là. Le cas est peut-être topique au Québec mais il est instructif pour l'OHADA. La professeure Louise Rolland¹²⁴³ relevait à cet effet que cette dispersion pose un problème de cohérence conceptuelle¹²⁴⁴ et un autre de cohérence matérielle¹²⁴⁵.

O.R.C.C., Vol. II, t. 2, à l'article V-37, p. 614 et s. retenait initialement la lésion comme cause générale de nullité du contrat.

¹²³⁶ Article 1449 de l'Avant-projet de Code civil du Québec

¹²³⁷ L'article 1399 C.c.Q. l'énumère au titre des vices possibles du consentement et l'article 1406 al. 1^{er} C.c.Q. la définit.

¹²³⁸ Article 1405 C.c.Q. : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. ». Cet article doit être complété par l'art. 1406 al. 2 C.c.Q. pour ce qui concerne la lésion des mineurs et des majeurs protégés.

¹²³⁹ Voir article 1437 qui parle de « clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; »

¹²⁴⁰ Art. 424 et 897 C.c.Q.

¹²⁴¹ Art. 472 C.c.Q.

¹²⁴² Article 2332 C.c.Q. qui est en réalité inspirée de l'*Unconscionable Transactions Relief Act*, L.R.O. 1990, c. U.2.

¹²⁴³ Louise ROLLAND, « Les Principes D'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations », R.J.T., 2002, Vol. 36, p. 593.

¹²⁴⁴ En effet l'auteur souligne la multiplication des concepts utilisés pour désigner la même réalité. Lésion-abus- préjudice important...

¹²⁴⁵ L'incohérence matérielle découle du fait qu'il est impossible de systématiser la multitude de régimes spécifiques de la lésion dans le Code civil du Québec. On retrouve des régimes selon le statut juridique (personnes physiques/personnes morales ; incapables/capables ; selon les fonctions économiques des actants (consommateurs/commerçants ou entrepreneurs) ; selon leur niveau de connaissances réelles ou présumées (profanes/professionnels) ; selon leurs comportements contractuels (adhérents/stipulants) ou encore selon leur rôle respectif dans l'arène juridique (victimes/auteurs de la faute ou leur assureur). Tiré de Louise ROLLAND, *Ibid.*, p. 593 et s.

[476] En Afrique, la valorisation de l'agent économique individualiste n'est pas encore aussi évoluée et ne devrait même pas l'être. L'asymétrie informationnelle¹²⁴⁶ est toujours existante et crée des déséquilibres contractuels énormes. Ceci explique que la lésion entre majeurs puisse être retenue pour y être codifiée contrairement aux expériences québécoise et française précitées. Cette lésion devrait être retenue parce qu'il existe en Afrique des pressions qui sont endogènes, structurelles à la société et qui peuvent conduire un contractant à accepter des conditions inéquitables alors qu'en apparence aucune contrainte ne lui est faite. Ceci nous conduit à brièvement mentionner que là encore le pouvoir du juge doit être à la mesure de ce rôle qui lui est demandé de se prononcer sur l'équilibre d'un contrat même en l'absence de vice formel ou procédural réel ou présumé mais dès que l'injustice substantielle pourra être constatée. La réalité africaine et le nombre élevé de personnes illettrées, dépendant du tissu socio-économique et familial, croyant aux forces immatérielles ou simplement religieuses; autant de considérations qui justifient à notre sens que l'efficacité économique prônée à travers la liberté individuelle de chaque agent économique considéré comme averti, soit atténuée par le pouvoir de contrôle judiciaire du juge. C'est sûrement ce qui a justifié que le droit nigérian¹²⁴⁷ des contrats ait reconnu le principe de la lésion depuis de belles lures.

[477] La logique nigériane semble suivie par le législateur communautaire puisque même en présence de contrat léonin, le juge de l'espace OHADA ne pourra effectivement refaire

¹²⁴⁶ Même si cette cause à elle seule n'est pas mentionnée par les textes connus en la matière qui retiennent plutôt : l'état de dépendance, la détresse économique, l'urgence des besoins, imprévoyance, l'ignorance, l'inexpérience ou l'incapacité à la négociation. L'ignorance peut englober cette réalité car elle peut être informationnelle.

¹²⁴⁷ En droit musulman au Nigéria (Sharia Law), l'acheteur d'un bien défectueux peut saisir le *Quaidi* ou *Kaidi*, qui après consultation des personnes ressources connaissant les spécifications du bien, tranche. Il a ainsi été jugé que si la faute diminue la valeur du bien du tiers ou plus la vente pourrait être révoquée. Si la faute diminue la valeur du bien de moins du tiers, alors le prix de la vente est réduit conformément; à condition que l'acheteur ait arrêté l'usage du bien après la découverte du défaut. V. *Alhaji Amodu et John Holt v. Idah*, 1956, N.R.N.L.R. 81, cité par B. O. NWABUEZE, « Integration of the Law of Contracts », dans *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa*. Conference held at Ibadan on 24th - 29th 1964, University of Ife, Africana Publishing Corporation, New York et University of Ife Press, Ife-Ife, Nigeria, p. 154, note 68.

le contrat que si la partie lésée le demande et que cette réfaction est conforme à la bonne foi. De plus, le juge peut aussi refaire le contrat à la demande de la partie ayant reçu notification de l'annulation du contrat en s'assurant d'informer sans délai la partie ayant notifié l'annulation et à condition que cette dernière n'ait pas agi raisonnablement en conséquence¹²⁴⁸ auquel cas elle aurait perdu tout droit à invoquer l'annulation¹²⁴⁹.

b. Les autres causes classiques viciant le consentement

[478] Il s'agit de l'erreur, du dol et de la contrainte et de l'illicéité¹²⁵⁰.

[479] L'erreur pour commencer est un vice du consentement prévu à raison pour être repris dans le futur droit OHADA des contrats¹²⁵¹. Elle est au moment du contrat, une fausse croyance relative aux faits ou au droit¹²⁵² en général¹²⁵³. Son régime est à l'image des autres vices du consentement classiques, fondé sur la présomption de faiblesse du consentement de la partie lésée ou victime¹²⁵⁴. Il faut en effet rappeler que sa conception dans l'AUDC vise une protection poussée du contractant de l'errans¹²⁵⁵. Elle permet juste de relever à ce niveau une possible controverse sur un changement de politique juridique

¹²⁴⁸ Art. 3.10.2 et 3.10.3 de l'AUDC.

¹²⁴⁹ Art. 3.15.2 de l'AUDC.

¹²⁵⁰ L'illicéité ne fera pas l'objet de longs développements puisque ne soulevant pas sous notre angle d'attaque de controverses doctrinales spécifiques. Cette position se justifie aussi par le renvoi implicite qui est fait aux législations nationales en la matière pour déterminer ce qui est illicite ou contraire aux bonnes mœurs (notion fluctuante et relative en fonction du temps et de l'espace).

¹²⁵¹ Art. 3.4 et s. de l'AUDC.

¹²⁵² Similaires : arts. 1400 et 1401 et s. du C.c.Q. qui reste général; Art. 1110 du Code civil français. Ce dernier ayant également des dispositions trop générales sur la question, c'est la jurisprudence qui a suppléé la lacune en précisant qu'en droit français l'erreur pouvait être de droit ou de fait. V. R.T.D.Civ. 2000, p. 824, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

¹²⁵³ Comme dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal en son art. 62.

¹²⁵⁴ Pour un exemple clair de cette affirmation, voir Rapport sur le Code civil du Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, Vol. I Projet de Code civil du Québec, p. 339 – 340.

¹²⁵⁵ Voir les commentaires officiels de l'art. 3.2.2 des PU qui affirment à juste titre selon nous, que l'erreur n'est pertinente que si « l'autre partie ne mérite pas d'être protégée parce qu'elle est impliquée d'une façon ou d'une autre dans l'erreur de la victime », p. 106. Pour des développements plus étendus, V. A. A. NGWANZA, *Thèse précitée*, p. 127 et s.

en cette matière; politique actuelle qui se justifie en réalité par la vision d'erreur mutuelle, commune¹²⁵⁶ ou vision collectiviste voire solidariste et de protection du contrat¹²⁵⁷ par rapport à l'erreur dont une partie prétend avoir été victime.

[480] Le dol quant à lui, ne fait pas l'objet d'un traitement exceptionnel justifiant que des développements exhaustifs lui soient consacrés comparativement aux édictons existant en droit actuel des contrats des Etats membres de l'OHADA et issues pour la plupart du Code civil français. Le dol est constitué par des manœuvres frauduleuses d'une partie ayant déterminé à tort le consentement de l'autre¹²⁵⁸. Il est tout de même utile de préciser que le dol dans son appréciation et même dans sa lettre renvoie aux exigences de la bonne foi¹²⁵⁹ en matière commerciale; standard couplé à la protection de la personne faible et exigé pour le vice d'erreur nous semble non seulement cohérent mais pertinent.

[481] L'illicéité pour sa part nous conduit à souligner qu'avec la bonne foi comme principe directeur du droit africain des contrats, elle ne fait que s'inscrire dans la droite ligne continue de la politique juridique de l'AUDC. En tout état de cause, en termes de règles générales, même si l'AUDC souhaitait comme l'a fait la version 2010 des PU régir les questions d'illicéité, il faudrait renvoyer aux règles nationales d'ordre public en matière de capacité et autres. En cela, les législateurs nationaux seront toujours sollicités et il leur faudra agir ne serait-ce que pour moderniser et tenter de rapprocher les standards nationaux.

¹²⁵⁶ Inspirée semble-t-il de la *common mistake* du *common law*. Pour des développements, V. Bénédicte FAUVARQUE CAUSSON, « L'erreur en droit anglais », R.D.C. 2003, p. 233 et s.

¹²⁵⁷ On recherche ainsi plus le vice d'erreur du point de vue du contrat considéré comme la chose des parties et plus seulement d'après la victime. On réduit ainsi le champ d'action de l'erreur pouvant vicier effectivement le contrat, donnant plus de chance de survie à ce dernier.

¹²⁵⁸ Art. 3.8 AUDC.

¹²⁵⁹ Extrait de l'art. 3.8 AUDC : « [...] contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, [...] ».

[482] Pour finir, la contrainte ou crainte provoquée par la violence ou une menace sous d'autres cieux¹²⁶⁰, appelle une remarque spécifique justifiant que nous ayons proposé et justifié que la bonne foi soit érigée en valeur universelle africaine¹²⁶¹. En effet, nous développerons à la suite de cette sous-partie la possibilité de rétention ou non de la « violence immatérielle » comme vice du consentement en Afrique¹²⁶². Cette contrainte de type particulier, effective dans nos mœurs, coutumes et traditions nationales, mais différente de la violence classique nous permettra de revenir en filigrane sur le substrat de la consécration générale de la contrainte comme vice du consentement.

[483] Erreur, dol, contrainte, illicéité et avantage excessif sont certes consacrés comme causes classiques viciant le contrat mais il reste que certaines réalités africaines pouvant effectivement vicier le contrat ne feront pas ou à ce jour n'ont pas fait logiquement l'objet du même traitement. En effet, certains cas d'invalidité qu'on pourrait relever particulièrement en droit africain des contrats n'ont pas fait l'objet de développement au regard des conséquences que cette rétention législative impliquerait dans le droit moderne africain des contrats.

2. L'exclusion de possibles causes classiques africaines

[484] Le vécu contractuel quotidien en Afrique laisse constater à l'utilisateur, qu'il existe parfois des éléments pouvant déterminer à tort, voire vicier le consentement d'un contractant, sans que ce dernier ne puisse en rapporter la preuve par les voies matérielles et scientifiques qui sont celles du droit moderne. C'est fort de ce constat que nous justifierons pourquoi malgré cette spécificité africaine effective, ces causes possibles d'invalidité que

¹²⁶⁰ Ainsi dénommée aussi dans le Code civil du Québec aux articles 1402, 1403 et s.

¹²⁶¹ 2^{nde} partie/Titre 1^{er}/Chapitre 2/Section 1/Paragraphe 2.

¹²⁶² 2^{nde} partie/Titre 1^{er}/Chapitre 2/Section 2/Paragraphe 1/A-1-/b-.

sont la « violence morale immatérielle » et les contrats portant sur un bien hors du commerce selon une tradition locale ne peuvent faire l'objet d'une consécration.

a. La violence morale immatérielle

[485] À côté de l'erreur comme vice du consentement entraînant l'invalidité du contrat, il n'est pas anodin de relever que, dans la tentative d'africanisation du droit moderne des contrats, certains auteurs¹²⁶³ ont fait des propositions qu'on pourrait qualifier d'étranges. C'est ainsi qu'il a été question de proposer comme vice du consentement ce que nous qualifions de « violence morale immatérielle »¹²⁶⁴. En effet, nous reconnaissons la force des éléments surnaturels, occultes, religieux et ethniques¹²⁶⁵ quant aux activités économiques et par conséquent, contractuelles. Il n'est pas rare d'entendre des opérateurs économiques africains affirmer, ouvertement, qu'ils doivent consulter d'abord leur féticheur, charlatan, vodou, totem ou autres forces surnaturelles¹²⁶⁶ avant de s'engager dans une opération contractuelle. Que dire si de cet avis immatériel, résulte une influence à contracter ou non et donc un vice du consentement?

[486] La difficulté serait d'abord celle de pouvoir qualifier cette influence ou violence insidieuse qui prend la forme souvent d'une recommandation, d'une mise en garde, d'un

¹²⁶³ Salvatore MANCUSO, *Op. cit.*, p. 321 et 322. L'auteur recommande par exemple indirectement la prise en compte des facteurs surnaturels et religieux dans l'appréciation de la licéité de l'objet du contrat.

¹²⁶⁴ Il s'agit d'une violence morale et donc pas physique qui proviendrait en plus d'un être surnaturel ou serait issu de pouvoirs mystiques d'un sorcier, vodou ou charlatan, etc. elle a la particularité d'exister en Afrique mais de rester insaisissable.

¹²⁶⁵ Nous entendons « ethnique » ici dans un sens général et englobant qui regroupe les différentes influences ou facteurs d'influence d'une communauté, d'un groupe, d'un clan sur un individu.

¹²⁶⁶ Parfois même religieux. Sans particularisation aucune, l'exemple des « Oli » de la religion du Christianisme céleste est clairement une réalité. Ces « Oli » sont des adeptes dotés du pouvoir de prier pour vous et pendant qu'ils prient, ils voient des aspects particuliers de votre vie qui vous posent actuellement problème ou vous en poseront. Ils ne voient pas toujours du mal et peuvent vous prédire par exemple la signature d'un juteux contrat qu'il ne faudra pas laisser passer. En fonction du degré de croyance de celui qui va voir son « Oli », il pourrait sur cette base se laisser bernier et contracter. Il est clair qu'il ne pourra pas utilement invoquer cette erreur induite par le « Oli » à titre de vice de son consentement. Pour des détails sur cette église active dans le Sud du Bénin consulter http://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89glise_du_christianisme_c%C3%A9leste, consulté le 10 juin 2011 et incluant les liens y mentionnés.

avis ou conseil. Ensuite, il sera difficile objectivement de prouver l'importance de cette violence morale alléguée sur le cocontractant et son caractère déterminant quant à l'expression de son consentement sur conseil de cette force extérieure surnaturelle. Enfin, il faudra montrer le lien entre l'auteur de cette violence morale alléguée et son cocontractant qui justifierait que le contrat soit compromis et donc effectivement vicié. Il faudrait donc établir un lien entre l'auteur de la mise en garde et le cocontractant, ce qui nous conduirait inéluctablement sur le terrain de la fraude et du droit pénal. Les dédales à parcourir seraient interminables dans la preuve de cette « violence morale immatérielle ». Il faut reconnaître qu'il en sera ainsi parce que la réflexion se fera en droit contemporain de la preuve et pas selon des procédés africains déterminables par les usagers de ces pratiques.

[487] Malheureusement, toutes les spécificités contractuelles africaines qu'on identifie ne sont pas propices à être codifiées ce qui justifie le rejet de cette possible forme de vice de consentement dans le futur droit OHADA des contrats.

b. Les biens hors du commerce selon une coutume ou une tradition

[488] La seconde proposition a trait à l'objet du contrat et peut elle aussi se comprendre dans une conception strictement africaine du contrat. Elle entraîne l'acceptation comme pertinente de la conception libérale de l'autonomie de la volonté. Dans cette lignée, le législateur pourrait insérer certaines autres causes de résolution du contrat si, par exemple, le bien ne peut pas faire l'objet d'un contrat dans la tradition juridique éventuellement applicable¹²⁶⁷.

¹²⁶⁷ Salvatore MANCUSO, *Op. Cit.*, p. 321 propose d'assortir une telle violation aussi du paiement de dommages-intérêts au cocontractant de bonne foi surtout celui qui ne connaîtrait pas la tradition juridique applicable. Il ne faut pas oublier que dans cette proposition, la tradition juridique est la loi applicable et même en Afrique, *Nul n'est censé ignorer la loi* et donc le cocontractant même de bonne foi ne saurait invoquer une telle ignorance. En effet, même dans la tradition juridique africaine traditionnelle, le justiciable ne peut se dérober en prétendant ne pas connaître la tradition invoquée par les anciens ou le détenteur de la Loi, coutume ou de la tradition.

[489] Cette proposition présente l'inconvénient flagrant de dépendre d'abord d'une recension des traditions juridiques existantes ou possibles. Ensuite, elle oblige le justiciable à fournir la preuve du contenu et de l'applicabilité de sa tradition juridique au détriment de celle de son contradicteur. Ceci nous mettra en présence d'une multitude de traditions juridiques, telles qu'elles existent en réalité en Afrique. Enfin, le législateur pourra-t-il procéder à un tel recensement? Avec les variantes religieuses qui s'agrègent aux traditions, la preuve des biens acceptés dans le commerce ou non en fonction des traditions considérées ne sera-t-elle pas variable? Comment trancher dans le cas de contradiction des principes directeurs confirmés de deux traditions invoquées par les parties ?

[490] *Quid* des inconvénients de la fixation de la tradition ainsi rapportée qui, au demeurant, pourrait évoluer dans le temps et changer? Une décision claire aujourd'hui pourrait se révéler plusieurs années après, en fonction de l'évolution de cette coutume traditionnelle, fausse ou non justifiée! Ceci pose aussi un problème de prévisibilité juridique impossible et donc de sécurité des décisions se basant sur ces spécificités contractuelles. Les implications anthropo-historiques de ces données conduisent à s'interroger : les juges africains seront-ils assez équipés pour trancher sur la base des preuves des parties?

[491] Au regard de ce qui précède nous pensons que cette proposition est définitivement à écarter¹²⁶⁸ quoiqu'elle pourrait avoir son utilité sous d'autres cieux¹²⁶⁹. À l'opposé, les

¹²⁶⁸ Elle aurait eu plus de sens si elle s'était basée sur une conception de protection de certains objets culturels et religieux à protéger contre les ventes aux touristes et autres expatriées au détriment du patrimoine culturel des pays membres de l'OHADA. Il s'agirait dans une telle optique que les autorités compétentes en matière de culture établissent les listes de biens hors du commerce pour les raisons ci-dessus mentionnées. V. *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, Rome, 1995 pour une référence. Disponible sur www.unidroit.org/french/conventions/c-cult.htm, consulté le 29 mai 2013.

¹²⁶⁹ Elle nous conduit cependant à mentionner qu'en dehors des lignes de l'AUDC et sans lien avec le droit des contrats, il urge que des textes régissent certains biens culturels en général et les déclarent hors du commerce afin de protéger les objets culturels africains bradés à tour de bras hors du Continent. Une succincte recherche dans la législation béninoise par exemple est restée infructueuse et démontre la pertinence de la recommandation.

réalités économiques contemporaines¹²⁷⁰ nous obligent quasiment à intégrer une nouvelle cause d'invalidité du contrat qui est l'abus de faiblesse économique pour formaliser un tant soit peu une recherche d'équilibre dans les rapports contractuels que la jurisprudence entreprend de plus en plus à travers les implications de la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat.

B- L'abus de faiblesse ou dépendance économique d'un contractant

[492] Personne¹²⁷¹ ne contestera que Fouillée avait tort lorsqu'il disait « qui dit contractuel dit juste ». Le contrat par essence aurait pu être juste si les contractants étaient toujours d'égale force économique, ce qui n'est manifestement pas le cas. Le législateur est forcé de constater que l'inégalité contractuelle est de plus en plus criarde. Les clauses de pouvoir¹²⁷² prolifèrent dans les contrats de plus en plus d'adhésion conduisant à terme à des contrats de dépendance.

[493] Les contrats de dépendance ou contrats de sujétion¹²⁷³ sont ainsi qualifiés

¹²⁷⁰ V. not. Sur la question, Ghislain TABI TABI, *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, septembre 2012, p. 577-622, spéc. p. 582 et s. et 603 et s. L'auteur recense deux facteurs majeurs de cette réalité : la prédominance de l'unilatéralisme dans les relations contractuelles (la montée en puissance des contrats d'adhésion, la prolifération des contrats de dépendance, etc.) et la recherche de l'efficacité économique du contrat impliquant un rejet des vulnérabilités et des attentes légitimes des parties en situation de faiblesse.

¹²⁷¹ V. cependant Louise ROLLAND, « Qui dit contractuel dit juste ... (Fouillée) ... en trois petits bonds à reculons », (2006) R.D. McGill, 765, 777 et 778. Ce courant solidariste soutenu par Christophe JAMIN voudrait faire comprendre que par cette formule, Fouillée veuille simplement dire que « le contrat est considéré comme juste et respectable parce qu'il intègre la dimension sociale dans sa définition, et non parce qu'il est juridiquement regardé comme étant juste », cité par Ghislain TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, septembre 2012, p. 577-622, spéc. p. 580.

¹²⁷² François COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans Ch. JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, note 14, p. 225; cité par G. TABI TABI, *Ibid.*, p. 312, spéc. p. 595. Pour une thèse qui fait bien le tour de ces clauses, V. Geneviève HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 536. La deuxième partie de la thèse est entièrement consacrée (pp. 193-283) aux clauses de pouvoir.

¹²⁷³ L'expression est empruntée à Christophe JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, (Dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 165, cité par G. TABI TABI, *Op. cit.*, p. 312, spéc. p. 596, note 10.

« parce qu'ils mettent aux prises des parties de force inégale, ces contrats peuvent réserver à l'une d'entre elles le droit de fixer les règles du jeu au cours de leur exécution [...]. Ces contrats ont la particularité de faire de l'un des contractants le sujet de l'autre sans que le droit civil, ni d'ailleurs le droit de la consommation soient toujours en mesure de prendre en charge cette situation. Or celle-ci a pour effet de nous restituer un vieux modèle contractuel – dont les contrats féodaux constituaient l'une des figures marquantes – que toute la tradition des lumières a tenté de faire disparaître »¹²⁷⁴.

[494] Dans une autre vision qui croise celle précédente, les contrats de dépendance, pour Denis Mazeaud¹²⁷⁵,

« se cristallisent fréquemment dans une clause d'exclusivité qui sous-tendent un projet commun, souvent caractérisé par une communauté de clientèle, et qui s'inscrivent dans la durée; autrement dit, dans les contrats-cadres à l'origine desquels la liberté est souvent plus unilatérale que contractuelle, l'égalité des parties, tout au long du processus contractuel, un simple leurre, et pour l'exécution ou l'expiration desquels, l'unilatéralisme et, partant, l'inégalité des pouvoirs contractuels sont des réalités ».

[495] Face à cette dérive contractuelle observée ailleurs et dont l'Afrique n'est pas protégée, il est normal que ce cadre de référence OHADA serve à institutionnaliser les instruments pour mieux protéger les intérêts économiques des contractants économiquement faibles ou dans une situation de dépendance juridique ou économique¹²⁷⁶ au sein de l'espace OHADA.

[496] De nombreux auteurs ont observé une renaissance du formalisme contractuel qui visait justement à atténuer la faiblesse économique d'un contractant¹²⁷⁷. La protection de la

¹²⁷⁴ C. JAMIN, *Ibid.*, p. 165-166.

¹²⁷⁵ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, (Dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 59.

¹²⁷⁶ Pour les premières analyses à ce sujet, V. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, 1986.

¹²⁷⁷ Un tel besoin de protection du contractant faible se retrouve décrit dans les évolutions contemporaines du droit des contrats européen et québécois par Hervé JACQUEMIN, « La protection de la partie faible au rapport contractuel », *Ann. Dr. Louvain*, 2010, n° 1, p. 3 et s. de même dans les références ci-après citées par cet auteur aux notes 9 et s. V. H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010; Jean-Louis BAUDOIN, « Rapport général », *La protection des consommateurs (Journées canadiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXIV (1973), Paris,

partie faible est généralement assurée dans les systèmes contractuels romano-germaniques tels celui de la France et du Québec par des règles telles celles de la lésion¹²⁷⁸ ou de l'interdiction des clauses abusives¹²⁷⁹. En droit OHADA notons au passage que l'avant-projet d'AU sur le droit de la consommation prévoit un principe élargi de la lésion¹²⁸⁰ en vue d'englober diverses situations proche de l'abus de faiblesse économique du consommateur¹²⁸¹. La lésion de droit OHADA du consommateur se rapproche donc de

Dalloz, 1975, pp. 8 et s.; Laurent AYNES, «Formalisme et prévention», op. cit., p. 66, n° 3; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, «Le droit des contrats face à l'évolution économique», Etudes offertes à Roger HOUIN, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 11 et s.; Philippe JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), Paris, P.U.F., 1986, p. 128; Jacques MESTRE, «L'évolution du contrat en droit privé français», L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), Paris, P.U.F., 1986, p. 48; Thierry BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 211-212, n° 96; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 633, no 718; Marcel FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», Jacques GHESTIN et Marcel FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 24- 25, n° 30; Xavier LAGARDE, «Observations critiques sur la renaissance du formalisme», J.C.P., I 170, 1999, n° 40, pp. 1768-1769; Jean-Louis AUBERT, «Le formalisme (rapport de synthèse)», *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 934-935; G. COUTURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *Rép. Defrénois*, 2000, p. 885; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 705-706, n° 18; P. BRASSEUR, «Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 604, no 1 et pp. 631 et s., nos 28 et s.; C. DELFORGE, «La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 398, n° 453; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Cahier du CRID n° 23*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 137-138; M. FONTAINE et P. WERY, «Libres propos sur le droit des obligations contractuelles au lendemain du bicentenaire du Code civil», *Ann. dr. Louvain*, 2003, p. 364, n° 10; P. WERY, «Le droit commun des obligations contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations», *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 401-403, n° 8.

¹²⁷⁸ Art. 1406 al. 1 C.c.Q.

¹²⁷⁹ Sébastien GRAMMOND, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », *Les Cahiers de droit*, Vol. 51, 2010, n° 1, p. 84 et s.

¹²⁸⁰ Me BOUBOU a pu écrire à propos de la lésion dans l'AUCG que « par sa définition rien ne permet d'indiquer que la théorie de la lésion ici ne concerne que les prix », Pierre BOUBOU, dans *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 126, n° 390.

¹²⁸¹ V. Art. 23 alinéa 2 AUCG.

l'idée que nous prônons d'ériger en droit général des contrats les situations d'abus de faiblesse économique du contractant comme vice du consentement.

[497] Un regard outre-Atlantique nous permet cependant de relever d'autres mécanismes efficaces et utilisables dans le contexte africain. Nous pensons par exemple à l'obligation de « disclosure »¹²⁸². Elle a connu également une consécration dans l'AUCC¹²⁸³. En effet, le législateur insiste sur la nécessité de fournir une information précontractuelle au consommateur.

[498] Dans la même logique comment ne pas être en accord avec une certaine tendance protectrice de la partie faible qui s'est développée¹²⁸⁴ en *common law* canadienne à travers la règle de l'iniquité¹²⁸⁵. Le Canada ainsi condamne l'iniquité, « conçue comme la réunion d'une injustice processuelle et d'une injustice substantielle »¹²⁸⁶. La Cour suprême à travers le juge Lebel exprime les critères de mise en œuvre de cette iniquité contractuelle de la façon suivante dans l'arrêt *Miglin c. Miglin*¹²⁸⁷ :

¹²⁸² Obligation précontractuelle qui pèse sur le partenaire contractuel économiquement puissant aux fins de délivrer une information relative aux éléments essentiels du contrat (état et perspective du marché sur le quel souhaite entrer le candidat) cocontractant. Il s'agit généralement non de dicter les termes mêmes du contenu du contrat mais de moraliser l'environnement contractuel avec des obligations d'information qui permettent, en outre, de régler d'avance la question des responsabilités), cité par Laurence BOY, « Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Doctrine*, p. 8. Consulté le 10-11-2012 à l'adresse URL: <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/article/les-limites-du-formalisme-du-droit>, Dernière consultation le 18 février 2013, p. 133.

¹²⁸³ Art. 24 de l'AUCC qui à notre avis reprend bien les différentes exigences de cette obligation de *disclosure* (Voir note précédente) surtout que le contrat de consommation doit être interprété dans le sens le plus favorable au consommateur (Art. 16 et 30 AUCC).

¹²⁸⁴ Reprise à travers des décisions de la Cour suprême du Canada telles que : *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, 247-250 ; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, 462-464 ; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303 ; *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295, 2009 CSC 10, par. 42, cité par Sébastien GRAMMOND, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », *Les Cahiers de droit*, Vol. 51, 2010, n° 1, p. 91, note 12.

¹²⁸⁵ L'arrêt de principe est : *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C. C.A.) mais les auteurs remontent parfois à l'affaire *Morrison c. Coast Finance Ltd. and Vancouver Associated Car Markets Ltd.* (1965), [1965] 54 W.W.R. 257 (B.C. C.A.), cité par Sébastien GRAMMOND, *Op. cit.*, p. 315 et s. note 13.

¹²⁸⁶ Sébastien GRAMMOND, *Op. cit.*, p. 315 et s., spéc. p. 92.

¹²⁸⁷ *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, note 12.

« Suivant le modèle contractuel privé, on ne peut écarter les contrats que s'ils sont abusifs en ce qu'ils choquent la conscience du tribunal. Pour qu'un contrat soit jugé tel, il faut retrouver à la fois une forte inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, dont tire profit la partie en position de force qui exploite la partie plus faible, et une grave iniquité ou imprévoyance dans les dispositions de l'accord (voir Bala et Chapman, loc. cit., p. 1-7 et 1-8 ; *Mundinger c. Mundinger* (1968), 3 D.L.R. (3d) 338 (C.A. Ont.), conf. par (1970), 14 D.L.R. (3d) 256n (C.S.C.)). La rigueur du critère du caractère abusif reflète fortement une présomption que les individus agissent dans leur intérêt, de manière rationnelle et autonome, lors de la conclusion d'ententes privées. La non-exécution de l'entente des parties ne peut se justifier que si l'inégalité du pouvoir de négociation a faussé la transaction à tel point que cette présomption s'en trouve réfutée »¹²⁸⁸.

[499] Cette règle est à notre avis adaptée au contexte contractuel africain, parce qu'il est souvent difficile de prouver l'existence d'un vice du consentement tellement diffus dans les contingences sociales que parfois même le contractant ne s'est pas rendu compte du pourquoi de son acceptation. La règle de l'autonomie de la volonté notamment la liberté contractuelle et le consensualisme, n'est en rien affaiblie par cette application du principe de l'iniquité pour redresser des ententes clairement disproportionnées ou profitant d'une situation de faiblesse économique¹²⁸⁹. En effet, cette règle exige un consentement **libre et éclairé** et deux facteurs permettent de déduire l'inexistence de ce type de consentement.

¹²⁸⁸ *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, note 12, par. 208 (j. LeBel, dissident) ; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, préc., note 6, par. 82, cité par Sébastien GRAMMOND, *Ibid*, p. 92, note 16.

¹²⁸⁹ Nous aimerions rapprocher cette situation des nombreux cas de violences économiques reportés par la jurisprudence au fil des temps. On peut ainsi mentionner la décision intervenue entre *Société Larousse Bordas c. Mme Kannas*, 03 avril 2002, D. 2002, 1860, La Cour a retenu que madame Kannas était en position de faiblesse économique alors qu'employée de la Société Larousse Bordas, elle avait accepté sur demande de cette dernière de lui transférer les droits exclusifs d'auteur sur un dictionnaire pour débutants qu'elle avait rédigé durant plusieurs années. Pour la Cour, sa seule position d'employée justifiait qu'elle ne soit pas à l'époque à même de fournir un consentement libre et éclairé et la position économique de son employeur suffisait à vicier de violence économique son consentement, cité par Wilson Y. N. TAMFUH, *Comparative Law Of Obligations*, Center for Law and Development, Buea, Cameroun, p. 53 et 54, note 58.

Ce fut aussi le cas de l'affaire *R. c. Rolfé* mettant en présence d'un bateau en voie de couler et dont le capitaine avait accepté contre 05% de la valeur du bateau et de sa cargaison. La Cour d'appel puis la Cour de cassation avait simplement retenu que le capitaine du bateau secouru n'était pas en position de donner un consentement éclairé et avait fait l'objet de violence économique. V. 40 Req. avril 1903. 97, cité par Wilson Y. N. TAMFUH, *Id.*, p. 50, note 46 et 47.

[500] D'abord, la forte inégalité des parties et partant du pouvoir de négociation entre elles. Cette situation laisse peser un grand risque de déséquilibre que doit prouver la partie faible au juge s'il s'en tient uniquement à sa position de faiblesse. Ensuite s'il survient, et c'est le facteur le plus important, un déséquilibre flagrant, symbole d'une grave iniquité, incompréhension, ou imprévoyance dans les dispositions de l'accord tel qu'il laisse comprendre que le contractant fort a profité de sa position dominante. Il devrait alors y avoir un renversement du fardeau de la preuve. La partie faible sera présumée n'ayant pas compris la portée de l'entente, si ces actes ne sont pas du tout dans « son intérêt [évident, analysé] de façon rationnelle et autonome ; autrement dit si les conditions de base de la liberté contractuelle n'étaient pas réunies »¹²⁹⁰. Ce sera alors au contractant fort de prouver qu'il a respecté toutes les exigences contractuelles requises y compris les obligations d'information nécessaires pour permettre la claire compréhension de l'engagement par le contractant en situation de faiblesse.

[501] On peut même aller jusqu'à dire que la partie forte doit encore plus que tout autre contractant, se conformer au « principe de transparence contractuelle »¹²⁹¹. Cette règle est particulièrement utile au contexte contractuel africain car elle permet de sauvegarder l'équité dans des rapports *a priori* inégaux voire inéquitables au départ. Le juge africain une fois encore, se voit investi d'un rôle important dans l'appréciation et le contrôle pendant la formation du contrat, des consentements exprimés et de leur conformité avec les intentions réelles des parties.

[502] Au terme de l'analyse, il apparaît que ce vice du consentement gagnerait au regard des réalités contractuelles en Afrique à être institué en vice du consentement expressément prévu par le législateur OHADA. Il ne devrait pas être laissé uniquement au métier des

¹²⁹⁰ Sébastien GRAMMOND, *Op. cit.*, p. 315 et s., spéc. p. 93.

¹²⁹¹ Élise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 138-144 et 242.

juges OHADA pour être forgé. La chose aurait sûrement eu plus de chance avec les juges dans un contexte de common law. Dans un milieu fortement romano-germanique, avec le besoin de visa du législateur, les juges civilistes auraient ainsi une meilleure aisance dans le prononcé de telles sanctions de l'invalidité du contrat.

Paragraphe 2 : La sanction des cas d'invalidité du contrat

[503] L'acte juridique contractuel en droit OHADA qui ne réunit pas les conditions de validité requises par la loi est sanctionné. Les sanctions des règles de formation du contrat sont nombreuses et disparates. La doctrine a de tout temps eu du mal à théoriser ces sanctions notamment celles ayant trait au formalisme¹²⁹². Dans le cadre de cette thèse, nous ne tenterons pas une théorisation. Nous avons choisi de classifier et développer les sanctions maintenues par le législateur OHADA et qui étaient classiquement reconnues. On a tout de même assisté dans ce cadre de référence, fidèle à sa philosophie contractuelle de sauvegarde des contrats et des acquis fondamentaux actuels, à un maintien des sanctions classiques (**A-**) suivi d'une insistance à codifier et clarifier les sanctions favorisant une survie du lien contractuel (**B-**).

A- Le maintien des sanctions classiques

[504] Au sujet des sanctions classiques, nous n'avons pas eu tant à faire une classification mais plutôt une différenciation comparative utile pour mieux les cerner.

¹²⁹² Gérard COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880-893, spéc. p. 885.

[505] Sans procéder à une énumération, on retiendra que la nullité¹²⁹³ est de façon générale la sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation¹²⁹⁴. Qu'elle soit absolue¹²⁹⁵ ou relative¹²⁹⁶, la nullité suppose donc un vice originaire relatif à la formation du contrat¹²⁹⁷.

[506] L'annulation quant à elle est définie comme l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique pour irrégularité de forme ou de fond, à la suite d'un appel, d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en révision¹²⁹⁸. Elle a pour effet soit de dispenser les parties de toute exécution, soit de les obliger à des restitutions réciproques¹²⁹⁹.

[507] La résolution est la sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations¹³⁰⁰. Ainsi, la nullité et la résolution ont un effet rétroactif. Cependant, la résolution à la différence de la nullité, sanctionne un défaut d'exécution et non pas un vice existant lors de la formation du contrat. Enfin, la résiliation désigne la mise à néant pour l'avenir d'un contrat à exécution successive en raison de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations¹³⁰¹. Elle est une résolution non rétroactive et s'applique aux contrats dont l'effacement ne peut être rétroactif.

¹²⁹³ Exemple Art. 119 AUDCG.

¹²⁹⁴ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris Dalloz, 19^{ème} éd., 2012.

¹²⁹⁵ Nullité d'ordre public répondant à des intérêts généraux invocable par tout intéressé à l'exception des tiers *penitus extranei*.

¹²⁹⁶ Nullité souvent réservée à une catégorie que la loi entend protéger : majeur incapable, mineurs, etc.

¹²⁹⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Michel STOFFEL-MÜNCK, *Droit civil, Les obligations*, *Op. cit.*, p. 357.

¹²⁹⁸ Hilarion Alain BITSAMANA, *Op. cit.*, p. 214 et 215.

¹²⁹⁹ Raymond. GUILLIEN et Jean. VINCENT, *Lexique des termes juridiques, précité*, p. 299, spéc. p. 50.

¹³⁰⁰ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Op. cit.*, p. 299, spéc. p. 631.

¹³⁰¹ L'article 101 de l'AUDCG nous donne l'exemple de la résiliation pour cause de non paiement des loyers. V. Hilarion A. BITSAMANA, *Op. cit.*, p. 214 et 215, spéc. p. 303.

[508] Ces sanctions se distinguent de la caducité qui est l'état d'un acte juridique valable mais privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création.

B- L'insistance quant aux sanctions favorisant la survie du contrat

[509] Dans cette catégorie on peut à juste titre retenir l'adaptation du contrat, les clauses d'indexation et réduction des prestations qui, même si à proprement parler, elles ne constituent pas une sanction des conditions de formation du contrat peuvent être considérées comme une des voies possibles pour éviter les sanctions radicales aboutissant à la fin du contrat. La pratique préfère souvent les adopter non pas en cas de non respect des conditions de formation du contrat mais plutôt à l'occasion de dissension quant au prix de la chose objet du contrat spécifiquement ou de façon générale pour des divergences à propos de l'équilibre des prestations caractéristiques, en cas de lésion, d'imprévision, ou autres.

[510] En réalité en réponse au non respect des conditions de validité pour la formation du contrat, le législateur communautaire gagnerait, comme l'a proposé l'AUDC, à privilégier la fausse sanction qu'est la confirmation¹³⁰² ou encore simplement à favoriser l'a survenance de la perte du droit à l'annulation¹³⁰³.

[511] La survie du contrat est également favorisée à travers la minimisation des conséquences d'une erreur que le législateur exige importante, contraire à la bonne foi, commise par une partie et connue de l'autre au moment de la formation du contrat (art. 3.2.2 PU 2010). Il s'agit bien là d'une augmentation des exigences permettant d'invoquer la nullité pour erreur du contrat. Elle participe de la favorisation de la survie du contrat.

¹³⁰² Art. 3.14 de l'AUDC.

¹³⁰³ Art. 3.15 de l'AUDC.

[512] Cette remarque clôt nos analyses en lien avec la formation et la vie du contrat. Il y a lieu à présent de visiter les principes proposés pour régir l'après contrat dans l'AUDC. Cette présentation sera couronnée par la confrontation de cette étape d'avant-contrat et celle d'après-contrat avec le vécu contractuel de certains espaces et pays étrangers dont l'expérience est fort instructive pour le droit OHADA.

CONCLUSION TITRE 1^{ER}

[513] Ce titre a été l'occasion d'approfondir dans le contexte africain certains principes clés de la formation et, en partie, de l'exécution du contrat. C'est ainsi que les déclinaisons de l'autonomie de la volonté dans la conception africaine ont pu être analysées. Le consensualisme contractuel africain également présentait des spécificités dignes d'intérêt qui ont pu être revues.

[514] Les finalités de cette réforme des contrats, éléments incontournables d'une économie, nous ont conduits à revoir le principe de la *favor contractus* dans son application la plus bénéfique au tissu économique africain. Il a ensuite été difficile d'éluder des développements sur les notions emblématiques de cause et *consideration* dans les deux systèmes juridiques majeurs que sont le *common law* et le droit civil. Des développements et propositions concrètes sont venus justifier le rejet de ces deux concepts de la charpente contractuelle de l'OHADA.

[515] Enfin, il a été impossible de faire l'impasse sur le besoin de pérennisation de l'intégrité du lien contractuel dans l'espace OHADA. C'est notamment par le biais du standard de la bonne foi, démontré comme universel, que cette pérennisation devrait s'opérer. Ce titre a pris fin avec l'analyse de sanctions classiques, consécutives à la perte d'intégrité du contrat. Il a également permis de proposer la consécration de nouvelles causes d'invalidité du contrat en droit OHADA.

TITRE 2 : De l'après-contrat OHADA à la confrontation du cadre de référence aux autres expériences étrangères

[516] Ce titre nous donnera l'occasion de revenir sur une justification ou une critique des principes devant intervenir après la formation du contrat notamment son exécution et les difficultés inhérentes à cette dernière (**Chapitre 1**). Une fois ces aspects visités, nous confronterons le modèle ainsi construit ou critiqué aux expériences étrangères d'élaboration d'un droit des contrats dans l'espace européen et celui canadien. Cette confrontation nous permettra de confirmer ou infirmer par comparaison les meilleures options pour atteindre les objectifs que s'est fixé le législateur de l'OHADA (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L'après-contrat dans l'AUDC

[517] L'après-contrat ou phase post-contractuelle part de l'exécution ou inexécution du contrat à sa résolution en passant par son interprétation. Chacune de ces étapes fera l'objet d'une section. Nous commencerons avec les problèmes liés à l'inexécution en insistant sur les alternatives qui peuvent lui être trouvées (**Section 1**), pour finir par l'interprétation du contrat dans l'AUDC (**Section 2**).

SECTION 1 : Les alternatives pertinentes à l'inexécution du contrat en Afrique

[518] Une chose est de voir le contrat bien formé, une autre est de s'assurer de sa parfaite exécution. Malheureusement cette dernière dépend bien souvent de la bonne volonté des parties et surtout de la partie débitrice. En cas d'exécution aucun problème ne se pose. La difficulté survient lorsqu'une des parties se refuse à honorer son engagement. Le contrat étant le nœud et la base d'activités économiques, laisser le cocontractant sans instrument face à une inexécution contractuelle serait suicidaire pour le tissu économique africain. C'est en ce sens qu'il faille analyser dans le contexte africain les alternatives ainsi prévues à l'inexécution pour une efficacité contractuelle. Nous en étudierons une première série excluant toute résolution et permettant une survie du contrat (**Paragraphe 1**). Une seconde série cependant sera consacrée à un mode particulier de résolution prévu par le législateur de l'OHADA ainsi qu'à l'option de la réparation du préjudice liée à l'inexécution (**Paragraphe 2**).

[519] Nous ne nous appesantirons pas dans nos développements sur la première alternative offerte au cocontractant victime d'une inexécution à savoir l'exception

d'inexécution¹³⁰⁴. En effet elle est reconnue dans tous les systèmes juridiques et les pratiques africaines l'autorisent également. Elle ne présente donc aucun enjeu controversé.

[520] La résolution judiciaire du contrat ne sera pas non plus spécifiquement développée. Elle cède sa place à sa jumelle, nouvelle née du droit africain des contrats, la résolution unilatérale par notification.

Paragraphe 1 : Les alternatives africaines à la résolution après l'exception d'inexécution

[521] En réalité cette partie nous permettra de faire des développements à propos de la renégociation contractuelle. Cette renégociation est souvent rendue nécessaire par le changement des circonstances généralement économiques¹³⁰⁵ du contrat. Elle est donc la résultante de l'imprévision, principe exclu¹³⁰⁶ depuis des lustres du droit français¹³⁰⁷. Pour mieux cerner la question, sous un angle de droit comparé, il est impérieux de revisiter les notions similaires que sont la force majeure, l'imprévision et la « frustration theory » de *common law*.

[522] Ces clarifications conceptuelles jettent une lumière sur le concept en droit OHADA qui au sein d'un cadre de référence OHADA devrait trouver sa place (A-). Dans le truchement de cette admission africaine du hardship, se trouvent aussi d'autres principes complémentaires qu'il faudra clarifier. Sont-ils appopriés dans le contexte d'un corpus

¹³⁰⁴ *Exceptio non adimpleti contractus*. Art. 1591 C.c.Q. ; Art. 7.1.3 PU ; Art. 7.3 AUDC.

¹³⁰⁵ D'autres éléments peuvent entraîner une renégociation contractuelle. Il peut s'agir aussi de l'insertion d'une clause d'indexation des prix ou d'une clause d'alignement au prix des matières premières, etc.

¹³⁰⁶ V. Jurisprudence Canal de Craponne. Cass. Civ. 06 mars 1876, Dalloz 1876, vol. 1, p. 193, note Giboulot.

¹³⁰⁷ La jurisprudence française a néanmoins accepté l'imprévision en matière administrative avec la jurisprudence Gaz de Bordeaux. Conseil d'État, 30 mars 1916, Dalloz 1916, vol.3, p. 25; Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 16^{ième} édition, n° 31.

contractuel africain des contrats? Il s'agira entre autres du délai supplémentaire et du remplacement de l'objet du contrat (**B-**).

A- L'admission africaine de la renégociation face au hardship

[523] L'une des particularités des Principes UNIDROIT et partant de l'AUDC est qu'il y est consacré le principe du droit à la renégociation en l'absence de clause contractuelle¹³⁰⁸. Cette admission fait suite à l'acceptation de la théorie du *hardship* qualifiée de bouleversement des circonstances¹³⁰⁹ dans l'AUDC. Que revête ces notions et comment les distinguer (**1-**)? Ensuite qu'est-ce qui justifie cette double consécration dans le contexte africain de l'OHADA (**2-**)?

1. De la compréhension du hardship et des concepts similaires en présence

[524] La force majeure est connue de la quasi-totalité des systèmes au monde mais sous différentes modalités¹³¹⁰. Nous essayerons succinctement d'analyser les divergences fondamentales ou les rapprochements substantiels possibles entre le *common law* (*frustration theory*) et le droit civil (force majeure et théorie de l'imprévision) dans un premier temps. Ensuite nous ferons le lien avec le concept de *hardship*. En prenant le soin de considérer les réalités propres au contexte africain pour revenir sur ces concepts et théories afin d'apprécier l'intérêt de les codifier à travers l'admission de la renégociation contractuelle.

¹³⁰⁸ Art. 6.24 AUDC.

¹³⁰⁹ Art. 6.23 AUDC.

¹³¹⁰ La preuve en est que de nombreux systèmes connaissent l'adage universel qu'on ne saurait être tenu de quelque chose d'impossible (À l'impossible, nul n'est tenu). La seule divergence se situant au niveau de comment déterminer ce qui relève de l'impossible.

[525] L'AUDC consacre le principe de la force majeure à l'article 7.7¹³¹¹. La force majeure est un événement imprévisible et irrésistible¹³¹², insurmontable et extérieur à la volonté de celui qui l'invoque. En *common law*, la théorie de la *frustration*¹³¹³ s'en rapproche sans en être un équivalent exact. En effet, c'est l'article 7.1.7 alinéa 2 des PU qui nous donne des indices sur la différence entre la force majeure et la *frustration theory*. Le premier, la force majeure peut *lorsque l'empêchement n'est que temporaire ne produire effet que pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat*¹³¹⁴. La théorie de la frustration au contraire ne peut produire d'effet exonératoire temporaire. Elle entraîne une disparition des fondements du contrat, de sa *consideration* à son objet. La théorie de la frustration est souvent rapprochée de celle des *Acts of God*¹³¹⁵. La *frustration* en *common law* anglaise¹³¹⁶ est en réalité plus large que la théorie de la force majeure en droit français¹³¹⁷.

¹³¹¹ Cet article est similaire à l'article 7.1.7 des PU. La force majeure est prévue à l'art. 1470 du C.c.Q.

¹³¹² Selon le C.c.Q. qui l'assimile à une cause étrangère qui présente les mêmes caractères. L'AUDC parle d'empêchement qui échappe au contrôle du débiteur et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il la prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. Les habitués de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980, auront en tête étrangement la lettre de l'article 79 relatif aux conditions d'exonération de responsabilité du vendeur.

¹³¹³ La décision qui donna naissance en Angleterre à cette théorie est : *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B.& S.826, citée par J. O. CONNOR, « Force majeure, frustration and exceptions clauses », disponible à l'adresse http://www.amac.ca/8-J_OConnor.pdf, consulté le 25 septembre 2011.

C'est par contre Lord RADCLIFFE qui en donne une première définition jurisprudentielle autoritaire dans *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696 (U.K. H.L.), p. 728-729; [1956] 2 All E.R. 145 (H.L.). Au Canada ce fut la décision *Capital Quality Homes Ltd. v. Colwyn Construction Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 617, 61 D.L.R. (3d) 385 (C.A.), p. 623 [O.R.] qui reprit le concept. Voir pour plus de détails, DUKELOW, Daphne, *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd Edition, Thomson, Carswell, 2004.

¹³¹⁴ Art. 7.7.2 AUDC.

¹³¹⁵ Kamika SETH, « Frustration of Contract and Impossibility of Performance ». Disponible sur www.sethassociates.com, consulté le 25 septembre 2011. L'auteur insiste sur le fait que le droit britannique retient toujours l'impossibilité d'exécution alors que même le droit américain a opéré un glissement significatif en parlant de « impracticability ». Les « Acts of Government » même ne suffisent pas !

¹³¹⁶ V. G. H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 1994, p. 57, note 6 et p. 434 et s. le concept en effet en droit anglais réfère à la doctrine plus large de la décharge de responsabilité pour une cause imprévisible.

¹³¹⁷ J. BELL, « The Effect of Change in Circumstances on Long Term Contracts », English report in D. HARRIS, Denis TALLON (Eds), *Contract Law today*, Anglo-French Comparison, 1989, p. 209.

[526] L'imprévision quant à elle se rapprocherait plus de la force majeure que de la *frustration theory*¹³¹⁸ et a connu de nombreuses applications en matière arbitrale ces dernières années¹³¹⁹. L'imprévision économique ou *hardship* également, quoiqu'étant imprévisible et irrésistible demeure néanmoins surmontable si les parties acceptent de renégocier leur contrat et s'entendent. On peut expliquer l'existence du *hardship* par un constat simple mais déplorable: les parties en rédigeant un contrat le voient le plus souvent, avant tout, comme une projection continue de leurs bons rapports actuels dans le futur, et non comme la tentative d'appréhension de ce futur inconnu par le contrat¹³²⁰.

[527] Comme l'affirmait en 1959, Hans Wehberg¹³²¹, en remontant aux peuplades chaldéennes, égyptiennes et chinoises d'antan, très peu de règles avaient une aussi profonde influence morale, religieuse et civile (pour l'ordonnement de la société) que le principe du *pacta sunt servanda*; la force majeure étant en principe le seul facteur reconnu dans tous les systèmes juridiques comme ôtant d'office toute opérabilité au *pacta sunt servanda*. Cette pensée fait consensus depuis des siècles puisque depuis 1827, il était affirmé que *si le législateur force les individus à voir des lois dans les contrats, et à les exécuter avec ponctualité c'est parce que le principe de l'intangibilité du contrat est le moyen infaillible de ramener l'homme à la bonne foi la plus scrupuleuse*¹³²².

¹³¹⁸ Pour une présentation générale, V. R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^{ème} éd., 1985, n° 433.

¹³¹⁹ V. La Sentence CCI N° 4761, *Journal du droit international*, 1987, p. 1012 ou Christoph BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business; Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 589 pp.

¹³²⁰ L'idée est empruntée à Jens ALBERTS, *Contrats et réseau: le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, Mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 1997, p. 87, note 34.

¹³²¹ Hans WEHBERG, « Pacta Sunt Servanda », *Am. Journ. Int. Law*, Vol. 53, n° 4, Oct. 1959, pp. 775-786, spec. P. 775. Disponible en texte intégral sur <http://www.jstor.org/stable/2195750?seq=1>. Consultation le 21 août 2012. L'auteur y cite les sources du principe dans le Coran, la Bible (Mathieu, chapitre 5, verset 33-35 à la toute fin), le Décret GRATIANI, etc.

¹³²² P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimp. O. ZELLER, OSNABRÜCK, 1968, XIV, p. 336, cité par D. DEROUSSIN, « Le contrat de droit privé et le lien social :

[528] Le *hardship* ou bouleversement des circonstances admis en droit OHADA s’y prête bien pour de nombreuses raisons. D’abord, la théorie du *hardship* comme celle de l’avantage excessif s’intègre bien dans la conception relationnelle¹³²³ du contrat adoptée par les Principes UNIDROIT¹³²⁴ et l’AUDC. Même la protection du contractant faible est servie à travers les notions de raisonnable, d’attente légitime et le recours aux pratiques et coutumes du secteur d’activités objet de la transaction contractuelle. C’est ainsi que cette théorie favorise plus par exemple les coutumes que ne le fait la théorie classique. Dans l’approche relationnelle de l’AUDC, mettant de l’avant les rapports humains et la collaboration des contractants, les coutumes sont une source formelle du droit qui permet d’aller rechercher le fonds contractuel africain en tant qu’il est empreint des réalités identitaires, des valeurs de chacune des parties au contrat. Il est à notre sens donc évident que la consécration de cette théorie relationnelle et partant l’admission du *hardship*, est la plus prometteuse et la plus adaptée au contexte africain. Son rejet aurait équivalu à une ignorance d’une valeur africaine propre : la solidarité africaine¹³²⁵.

Permanence d’un discours (DOMAT, PORTALIS et GOUNOT) », dans *L’idée contractuelle dans l’histoire de la pensée politique*, PUAM, 2008, p. 175

¹³²³ V. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d’Alcan au Saguenay–Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 ; Jean-Guy Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d’harmonisation normative », dans *Conférences Meredith 1998-1999. La pertinence renouvelée du droit des obligations. Retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 137 ; Horatia MUIR WATT, « Du contrat “relationnel”. Réponse à François OST », dans *La relativité du contrat. Travaux de l’Association Henri Capitant. Journées nationales tenues à Nantes en 1999*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 169 ; ou encore l’importante littérature de Ian R. MACNEIL dont notamment, « The Many Futures of Contracts », (1973-1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691 ; Ian R. MACNEIL, « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », (1977-1978) 72 Nw. U.L. Rev. 854 ; Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980 ; Ian R. MACNEIL, « Economic Analysis of Contractual Relations. Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus” », (1980-1981) 75 Nw. U.L. Rev. 1018 ; Ian R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », (1983-1984) 78 Nw. U.L. Rev. 340 ; Ian R. MACNEIL, « Relational Contract : What We Do and Do Not Know », (1985) Wis. L. Rev. 483, cité par André BELANGER, Viorel-Drăgăș MORARU et Andy VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », *Les Cahiers de droit*, Vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 56, note 9.

¹³²⁴ Louise ROLLAND le mentionne dans « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1998-1999) 44 R.D. McGill, 903.

¹³²⁵ Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 241.

[529] Aussi, contrairement à un sentiment général de rejet des clauses de *hardship* qui soi-disant n'existeraient pas en droit interne anglais ou américain, c'est au contraire de ces systèmes juridiques que serait née la pratique de ces clauses en réalité. C'est du moins l'opinion du professeur Ullman Harold¹³²⁶ qui est appuyée en ce sens par le professeur Henri Lesguillons¹³²⁷.

[530] En droit français, le principe du *hardship* est clairement admis lorsqu'il émane d'une volonté des parties à travers une clause de renégociation. En répondant aux rapports *Doing business*, les auteurs de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, présentent d'ailleurs les clauses de renégociation comme une spécificité du droit français. Ce sont selon eux, des réponses précises et efficaces en cas de changement de circonstances, qui permettent une adaptation du contrat aux évolutions de son environnement économique et social¹³²⁸. L'acceptation du principe en dehors de toute volonté des parties antérieurement exprimée est cependant très discutée¹³²⁹ et controversée¹³³⁰ mais de nombreux auteurs français la soutiennent¹³³¹. Comme s'il fallait

¹³²⁶ Ullman HAROLD, « Droit et pratique des clauses de *hardship* dans le système juridique américain », R.D.A.I. 1988, p. 889.

¹³²⁷ Henri LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage », Dr. prat. com. int., 1979, p. 507, cité par Emmanuel DARANKOUM, *Op. cit.*, p.459, note 101.

¹³²⁸ Voir Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. À propos des rapports *Doing business*, Société de législation comparée, 2006, p. 104.

¹³²⁹ Denis MAZEAUD par exemple recommande dans un de ses articles la plus grande prudence face aux envolées voyant dans certaines décisions la consécration de la renégociation contractuelle en l'absence de clause contractuelle. V. Denis MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », P.A., 2004, n° 92, p. 47 et s.; Contra, du même auteur, D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », D. 2004, p. 1754, spéc. n° 25 où l'auteur adopte une position opposée en retenant à propos de l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, Bull. Civ., I, n° 86, p. 69 que la Cour de cassation française retient clairement l'obligation de renégocier comme un tempérament direct mais général à l'exécution des contrats devenus déséquilibrés lors de leur exécution.

¹³³⁰ V. G. VIRASSAMY et M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les contrats de distribution » in Jacques GHESTIN (Dir.), *Traité des contrats*, LGDJ, 1999, n° 307, p. 150. Ces auteurs refusent catégoriquement de voir en l'évolution jurisprudentielle française la consécration de la renégociation contractuelle. Il faut préciser que la position de M. BEHAR-TOUCHAIS a eu le temps de changer entre 1999 et aujourd'hui où la tendance jurisprudentielle en ce sens et l'amarce législative est plus prononcée et claire.

¹³³¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 9^e éd., 2005, n° 471 et s.; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^{ème} éd., Defresnois, 2005, n° 759 et s.; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », Rev. dr. unif. 2006, n° 45 et s.

toujours couper la poire en deux même lorsque la tendance est changeante, l'Avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription consacre les clauses de renégociation contractuelle tout en accordant au juge le pouvoir de renégocier le contrat lorsque de telles clauses sont inexistantes au contrat mais que « ...par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une ou l'autre [partie] »¹³³².

[531] De plus, les principes du droit européen du contrat consacrent expressément le *hardship*, avec détails à l'article 6.111 qui prévoit que les parties ont : « ... l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement des circonstances ... ».

[532] L'argument de l'insécurité juridique¹³³³ que créerait la consécration du *hardship* ne résiste pas non plus à la confrontation. Une chose est claire et elle est bien mise en exergue par les professeurs français Flour et Aubert, « ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix ... »¹³³⁴. Une fois ce bouleversement économique survenu sans aucune considération avec une consécration de la théorie du *hardship* ou non, ce n'est pas l'intangibilité du contrat que prône la théorie classique¹³³⁵ qui le règle; loin de là! L'intangibilité constate ce bouleversement économique sans essayer d'y remédier et y met fin drastiquement. Le

¹³³² Article 1135-1 - 2. Il est clair que le *hardship* est ainsi introduit en droit français si le projet devenait le droit positif français.

¹³³³ C'est paradoxalement le même argument qui est invoqué par les tenants en droit français des contrats et les protagonistes en droit anglais, d'une théorie de l'obligation de négocier (avant-contrat). Les premiers disent qu'elle édulcorera la sécurité juridique des transactions car elle porte atteinte à l'autonomie de la volonté si elle est acceptée dans l'avant-contrat. Les seconds affirment que l'absence d'obligation de négocier de bonne foi durant la négociation créerait une insécurité juridique.

¹³³⁴ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations*, tome 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs, 14^{ième} Éd., Paris, Sirey, 2010, p. 300, note 29.

¹³³⁵ Les classiques, assimilables à des conservateurs contractuels donnent *prima* à la force obligatoire du contrat. Les réformistes, véritables libéraux solidaristes invoquent un utilitarisme économique et une bonne foi contractuelle pour exiger la renégociation.

hardship parallèlement, le constate et tente une approche de solution fondée sur le retour à la libre volonté que les parties expriment à travers une renégociation ou encore à la libre volonté des parties suggérée dans le contrat et déduite d'une interprétation du contrat par le juge ou l'arbitre.

[533] On conviendra que des deux options, seule la dernière est satisfaisante pour les rapports contractuels initiaux des parties et le tissu économique général. Les intérêts contractuels particuliers sont préservés pendant que l'intérêt général est servi par le maintien du contrat qui produit ses effets dans la société. La fixité prônée par l'intangibilité du contrat ne sert en rien la sécurité juridique. Cette sécurité est foncièrement mieux servie par l'ouverture à la modification du contrat avec comme fer de lance la coopération voire la solidarité entre contractants qui permet plus aisément d'atteindre l'idéal contractuel recherché pour l'efficacité juridique et l'attractivité économique de l'espace africain des contrats.

[534] Plusieurs véhicules conceptuels¹³³⁶ sont ainsi utilisés par les différents systèmes pour rechercher à diverses échelles les avantages de ces principes connexes ou éviter leurs travers. Lequel est alors le plus approprié à l'espace OHADA ou comment combiner le tout pour un exemple harmonieux ? Point n'est besoin à notre avis puisque l'OHADA en proposant le concept de bouleversement des circonstances contourne la difficulté et va plus loin en posant la renégociation comme solution à ces situations à l'initiative d'un cocontractant et ceci sous le visa du juge.

¹³³⁶ Par exemple dans les Principes UNIDROIT comme l'AUDC, la notion de *hardship* et/ou changement des circonstances; dans les principes européens du droit des contrats, le concept de changement des circonstances vise une réalité plus restrictive que celle de *frustration* de *common law*. Aussi, en droit du commerce international, quand elles y pensent, les parties utilisent le concept de force majeure pour identifier les clauses de force majeure et les clauses d'exonération (See E. McKENDRICK, « Frustration and Force Majeure : their Relationship and a Comparative Assessment. », in E. McKENDRICK (Ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 1991, p. 27.

2. À la justification africaine de la renégociation dans l'AUDC

[535] Il est évident qu'avant tout, le « contrat est un moyen de prévision »¹³³⁷ ou mieux, un « acte de prévision » pour reprendre la formule d'un autre auteur¹³³⁸. Toutefois, le commun des mortels est incapable de tout prévoir à l'avance sans faille dans le temps. Il faut alors faire face aux changements imprévus au moment de la formation du contrat et qui surviennent durant son exécution.

[536] Dans la droite ligne du mouvement de favorisation du contrat en droit OHADA¹³³⁹, on pense à la renégociation contractuelle malgré le mouvement de légitime¹³⁴⁰ défiance qu'elle a connu en France. Elle tend à un rééquilibrage du rapport contractuel et est « la réadaptation du contrat à une situation nouvelle, moyennant une réouverture des pourparlers contractuels »¹³⁴¹. Le législateur de l'OHADA n'a pas hésité à la codifier malgré qu'elle porte entorse au principe du *pacta sunt servanda* qui est indubitablement reconnu par la *lex mercatoria* depuis quasiment des siècles¹³⁴². En effet, la renégociation contractuelle a pour finalité principale de priver d'effet suite à un bouleversement des circonstances¹³⁴³, la volonté initiale des parties. De nombreuses sentences¹³⁴⁴ ont

¹³³⁷ Jean PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », dans Loïc CADIEU (Coord.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, pp. 169 - 182, spéc. p. 172.

¹³³⁸ Hervé LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 642 - 659.

¹³³⁹ Voir nos développements : Partie 2/Titre 1/Chapitre 1/Section 1/Paragraphe 2; ou encore Achille A. NGWANZA, *La favor contractus dans les principes Unidroit et l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA*, Thèse de doctorat, Université Paris-Sud 11, 2011, inédit, 431 pp.; V. égal. Emmanuel S. DARANKOUM, « L'article 25 de la Convention de Vienne : le musée du *favor contractus* revisité à la lumière des intérêts du commerce international », dans Generosa Bran MIRANDA et Benoît MOORE (Dir.), *Mélanges Adrian POPOVICI. Les couleurs du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 417 et s.

¹³⁴⁰ Légitime à l'origine mais galvaudée avec les récentes décisions. À titre d'exemple, l'arrêt de la Cour de cassation française en sa chambre commerciale baptisée « Arrêt cœur défense »; Cass. Com., 8 mars 2011, pourvois n° 10-13988 et 10-13990.

¹³⁴¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, Quadrige, 9^{ème} éd., 2011, p. 883.

¹³⁴² En lisant la sentence CCI n°8365, *Journal du droit international*, 1997, p. 1078 et s., on se rend compte de cette affirmation du principe comme axe fondamental reconnu par la *lex mercatoria*.

¹³⁴³ Phillip CAPPER et Laurent AYNES affirment que la notion de bouleversement de l'économie du contrat n'existe pas en droit anglais des contrats. Intervention durant le Séminaire 1, *Le contrat international : un*

également affirmé l'incompatibilité entre la renégociation contractuelle unilatérale ou forcée et le *pacta sunt servanda* bien avant même l'adoption des Principes UNIDROIT. Qu'est-ce qui justifie alors que l'AUDC à la suite de nombreuses législations nationales¹³⁴⁵ puisse s'écarter de la tendance majoritaire tracée par la loi mercatique¹³⁴⁶ internationale? Cet écart se justifie-t-il alors dans le contexte africain?

[537] Reprenons le seul¹³⁴⁷ argument majeur des pourfendeurs de la renégociation contractuelle pour le confronter au prisme de l'univers social africain. Qu'est-ce qui pourrait justifier le refus de la renégociation en droit français à la lumière des réalités africaines?

[538] Deux visions s'opposent : la première qui est celle d'une partie de la *lex mercatoria* qui privilégie l'efficacité et la sécurité juridique¹³⁴⁸ par le biais de l'argument fondamental qui est l'intangibilité du contrat. La seconde qui a un penchant moralisateur pour le monde

renforcement, accepté par les droits nationaux, de l'autonomie de la volonté, présentée durant la conférence Convergence et développement : Ateliers d'échanges entre la Banque mondiale et le Barreau de Paris, p. 189 et s., spéc. p. 199.

¹³⁴⁴ V. par ex. Sentence CCI n° 2216, 1974, *Journal du droit international*, 1975, p. 917; Sentence CCI n° 2708, 1976, *Journal du droit international*, 1977, p. 943

¹³⁴⁵ Le *Uniform Commercial Code* des Etats-Unis (§2.615); art. VI.258 Code civil Pays Bas; L'Allemagne : §313 du BGB; l'Argentine : art. 1197 et 1198; le Brésil : art. 1440 du C.civ.; la Colombie : art. 868 du C.com; le Québec pour la charge d'une donation (Art. 1384 C.c.Q) ou d'un legs (Art. 771 C.c.Q.) ou encore en matière de fiducie devenue trop onéreuse à assurer (art. 1294 C.c.Q.).

¹³⁴⁶ Nous utilisons par abus de langage cette expression qui signifie en réalité : l'ensemble des techniques, méthodes et actions de stratégie commerciale. Dans notre contexte elle signifie la loi du commerce international, des activités mercantiles internationales.

¹³⁴⁷ Au contraire de cet argument d'intangibilité du contrat, les tenants de la renégociation opposent avec ingéniosité, l'absence de cause causée par un changement important des circonstances du contrat; l'enrichissement sans cause; l'erreur; l'art. 1150 qui prévoit que le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts prévus ou qu'on a pu prévoir au contrat; mais surtout la bonne foi et ses corollaires notamment l'obligation de cohérence, etc.

¹³⁴⁸ À ce sujet nous partageons entièrement les propos de cet auteur qui s'appuie sur la jurisprudence et la doctrine françaises pour dire : « L'intangibilité du contrat n'est pas nécessairement une garantie de sécurité juridique », V. Sylvie BISSALOUÉ, *L'obligation de renégocier le contrat, au regard de la jurisprudence française*, Mémoire de Master 2, Université d'Aix-Marseille, sous la direction de Jacques MESTRE, 2011-2012, p. 50 et s.

des affaires, se rapproche du solidarisme contractuel dont nous avons déjà¹³⁴⁹ démontré l'adéquation au commerce africain.

[539] Loin des sentiers battus, nous utiliserons les réalités socio-anthropologiques et psychologiques africaines pour justifier cette option de l'AUDC notamment son adéquation au contexte africain. Les tenants de l'intangibilité de l'engagement contractuel qui affirment qu'il doit être scrupuleusement respecté¹³⁵⁰, s'opposent aux partisans de la rupture de la convention entachée par un *hardship* qui soutiennent que la parole n'a de sens que dans le contexte où elle a été émise. Le professeur Emmanuel Darankoum¹³⁵¹ est l'un des fervents tenants de cette thèse qui se vérifie aisément en Afrique¹³⁵². En effet, la coutume africaine en général et celle contractuelle en particulier a toujours retenu le contexte pour s'appliquer. Les décisions coutumières ne formaient que très rarement un précédent intemporel¹³⁵³ qui hors du contexte pouvait être transposé¹³⁵⁴.

[540] Et pour mieux illustrer cette adaptabilité de principe du contrat en droit africain, y a-t-il meilleur exemple¹³⁵⁵ que celui du cas de la dévaluation du franc CFA¹³⁵⁶?

¹³⁴⁹ Voir première partie/Titre 2/Chapitre 2/Section 2/Paragraphe 2.

¹³⁵⁰ J.-P. NIBOYET, « La révision des contrats par le juge. Rapport général », in *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, Société de législation comparée, p. 1, spéc. p. 12 et les nombreuses autres références citées par A. A. NGWANZA, *Thèse précitée*, p. 246 et 247, note 1184.

¹³⁵¹ Emmanuel S. DARANKOUM, « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », Actes du Colloque de Ouagadougou sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats du 15 au 17 novembre 2007. Publié à la Revue de droit uniforme, 2008, n° 1 et 2, p. 229 et s.

¹³⁵² R. VERDIER, « Ethnologie et droits africains », *Journal de la société des Africanistes*, 1963, tome 33, fascicule 1, pp. 105- 128. Disponible sur www.persee.fr. Dernière consultation le 05 septembre 2012. L'auteur affirme à la page 106 que la Coutume africaine, les droits africains sont décevants aux anthropologues actuels et autres chercheurs parce que privés de leur langue propre, et de leur contexte historique. En matière contractuelle, la réciproque est vraie pour la parole du contractant en Afrique! Selon le même auteur, la coutume africaine aurait une double temporalité; l'une éternelle et mythique, l'autre humaine et changeante. Le contexte est donc fort important à ce propos.

¹³⁵³ R. VERDIER, *Op. cit.*, p. 107, notes 4 et 5. Il distingue notamment entre les mythes et traditions qui traversent le temps et les coutumes qui appellent une contextualisation, une adaptation.

¹³⁵⁴ Contra, V. T. SCHAPER, « A Handbook of Tswana law and custom », 1955, cité par R. VERDIER, *Op. cit.*, p. 107, notes 6. Mais l'auteur relativise très vite cette affirmation de précédent plus loin en parlant des conditions particulières du nouveau litige.

¹³⁵⁵ Emmanuel DARANKOUM, *Ibid.*, citant cet exemple justifie par le groupe de mots : A risques exceptionnels, solution exceptionnelle. Il rappelle le cas de la crise pétrolière e 1970, l'effondrement de

L'adéquation de la renégociation contractuelle au détriment de la rupture du lien contractuelle se justifie aussi dans la culture juridique africaine par le fait que les instances juridictionnelles sociales africaines¹³⁵⁷ se souciaient non seulement de la question de droit mais aussi de l'effet de la décision sur les relations futures des parties et les effets sur la communauté¹³⁵⁸ : le consensus est clair¹³⁵⁹ à ce propos. La renégociation préserve à l'évidence mieux ces valeurs socio-économiques africaines que l'intangibilité contractuelle.

[541] Il est peut-être pertinent avant de conclure les développements propres à la renégociation contractuelle de faire un bref survol de la différence en apparence mineure entre l'AUDC et les principes européens quant à l'effet automatique du changement de circonstances à considérer pour une demande de renégociation.

l'économie argentine et l'état de nécessité invoqué à maintes reprises par le gouvernement, en proie à un changement drastique des circonstances, pour tenter de se tirer d'affaire devant le CIRDI.

¹³⁵⁶ Pour une historique de l'évolution de ce franc incluant la dévaluation survenue en 1994, Voir http://en.wikipedia.org/wiki/CFA_franc, consulté le 11 janvier 2012. Pour une autre source plus récente, V. <http://www.agenceecofin.com/gestion-publique/1201-2877-il-y-a-17-ans-le-franc-cfa-etait-devalue-de-50>, consulté le 11 janvier 2012. « Au cours de la réunion de la zone franc du 11 janvier 1994 de Dakar, en présence du Directeur général du FMI de l'époque, Michel Camdessus, du ministre français de la Coopération, Michel Roussin, treize pays de l'UEMOA et de la CEMAC (Bénin, Burkina, Cameroun, République centrafricaine, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Togo, Tchad) se sont vu imposés par la France et les organisations financières internationales une dévaluation de 50% de leur monnaie commune arrimée au franc français depuis 1948. Après cette dévaluation 1 FCFA valait 0,01 Franc Français et le FMI mettait à disposition 3 milliards de franc français aux pays concernés ».

En échangeant avec certains opérateurs de l'époque, l'auteur s'est rendu compte de comment de nombreuses ententes commerciales ont dû être revu dans le contexte béninois. Certaines ont pu être renégociées mais plusieurs interrompues hélas. Mais l'argument est là, les opérateurs africains ont maintenu en renégociant les conditions de nombreux contrats au regard de cette situation déplorable.

¹³⁵⁷ Les décisions de sanction elles-mêmes en Afrique orientale avaient un caractère restitutif (réparateur) i.e. tourné vers la restauration de l'équilibre de la société. V. à ce sujet, DRIBERG, « Primitive Law in Eastern Africa », *Africa*, 1930, p. 65-66, cité par R. VERDIER, *Op. cit.*

¹³⁵⁸ L'équivalent dans le contexte contemporain est bien évidemment les théories portant sur la fonction sociale du droit. L'un des précurseurs et chantres de cette théorie fut Léon DUGUIT. V. http://fr.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on_Duguit, consulté le 17 janvier 2012. Voir aussi E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912, qui prône bien le rôle tourné vers le bien commun du contrat.

¹³⁵⁹ HOLLEMAN (Shona de la Rhodésie du Sud), « An Anthropological Approach to Bantu Law », *Rh. Livingst. Jour.*, n° 10, 1950, p. 62, cité par R. VERDIER, *Op. cit.*, pp. 112 - 113.

[542] L'option des Principes Européens du Droit des Contrats se rapproche plus du contexte africain encore une fois que celui des Principes d'Unidroit. D'abord, nos observations conclusives ne portent point sur le fait que l'AUDC exige comme les PU¹³⁶⁰ que les « événements échappent au contrôle de la partie lésée »¹³⁶¹, ce qui est à saluer mais qui n'existe pas au niveau des Principes européens du contrat. Notre point est que dans l'AUDC, la seule survenance du changement des circonstances ne suffit pas à ouvrir automatiquement droit à la renégociation. C'est une faculté qui est offerte à la partie lésée dont elle peut¹³⁶² se prévaloir ou non. La partie lésée comme son cocontractant, n'a aucune obligation précise d'entamer des négociations.

[543] À l'opposé, les Principes européens du contrat prévoient que « les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une des parties »¹³⁶³. Les effets de ce pouvoir de renégociation sont différents dans l'un comme dans l'autre cas. L'obligation relationnelle du contrat et la fonction sociale du droit, propres au contexte africain, devraient conduire les cocontractants à automatiquement revoir en négociant à nouveau le contrat objet du changement des circonstances¹³⁶⁴.

[544] Dans le cas des Principes européens, le juge pourra donc, si un contractant refuse d'engager des négociations, « ordonner la réparation du préjudice qu'il cause à son cocontractant »¹³⁶⁵ alors que sur la base des Principes UNIDROIT et de l'AUDC, cette

¹³⁶⁰ V. Jean-Paul BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », JCP 1995, I, 3842, p. 192 et s., spéc. n° 24-25-26.

¹³⁶¹ Article 6.23 AUDC similaire à l'art. 6.2.2 c/ des Principes UNIDROIT.

¹³⁶² Article 6.2.3. 1) des Principes UNIDROIT utilise le verbe pouvoir : « En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture des renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. ».

¹³⁶³ Article 2.117 (2) des Principes européens du droit des contrats.

¹³⁶⁴ Il faut dire que l'AUDC encadre bien la question du changement des circonstances. Pour des développements à ce propos, V. A. A. NGWANZA, *Op. cit.*, p. 249 et s.

¹³⁶⁵ Article 2.117 (3) c) des Principes européens du droit des contrats.

réparation ne se peut pas à moins d'une rupture abusive de la négociation qui suppose préalablement l'acceptation hypothétique d'entrer à nouveau en négociation. Le juge, sur la base des Principes UNIDROIT est presque contraint d'adapter lui-même le contrat ou d'y mettre fin, ce qui manifestement le fait intervenir trop frontalement alors que sa présence ne doit être imposée aux contractants qu'en dernier recours selon cette approche africaine. Le plus usuel en Afrique étant, après que le contrat soit resté la chose des parties autant que possible, d'avoir un médiateur ou un conciliateur pour rapprocher les points de vue¹³⁶⁶, et pas le juge ou encore le chef, qui eux, tranche et impose une décision. Il nous semble donc que l'option des PEDC est la meilleure au regard de la quasi-obligation d'entrée automatiquement en renégociation.

[545] Cette quasi-obligation n'empêche pas, mais au contraire conduit souvent le cocontractant, à accorder à son vis-à-vis un délai supplémentaire, une réduction du prix, un remplacement de l'objet du contrat ou tout autre principe de réaménagement du contrat sujet au changement des circonstances.

B- L'aménagement du délai supplémentaire, du prix et le remplacement de l'objet du contrat

[546] On sait que dans sa volonté de favoriser les échanges économiques et partant de sauvegarder le contrat chaque fois que possible, le législateur de l'OHADA dans les Actes uniformes antérieurs¹³⁶⁷ a eu tendance à surprotéger le débiteur qui n'exécute pas sa

¹³⁶⁶ Louis MARQUIS, « L'expertise québécoise en prévention et règlement des différends au sein de l'espace OHADA », *Journal Africain de Droit des Affaires (JADA)*, n° spécial mars- avril 2013, portant sur les *Actes du Forum OHADA Canada* de Montréal intitulé *L'arbitre, l'avocat et les entreprises face au droit des affaires OHADA*. Disponible en ligne sur www.jadaf.fr, consulté le 28 mai 2013.

¹³⁶⁷ C'est le cas notamment de l'AUPCAP qui accorde des délais de sauvegarde de l'entreprise en difficulté parfois même sans vote des créanciers (art. 127 par exemple) et de l'AUPSRVE qui prévoit des délais raisonnables octroyés au débiteur récalcitrant parfois même sans considération de la situation du créancier.

prestation. Au nombre de ces mesures critiquables pour ce penchant à priori de protection du débiteur, mais en réalité de sauvetage du contrat, nous pensons utile de justifier dans le cadre de l'élaboration d'un cadre de référence OHADA des contrats, le maintien du délai supplémentaire raisonnable (1-), du remplacement et de la réduction du prix (2-).

1. Le délai supplémentaire ou la codification d'une simple fraternité africaine

[547] Au nombre des correctifs ou palliatifs à l'inexécution du contrat se trouve l'octroi d'un délai supplémentaire au débiteur défaillant par le créancier¹³⁶⁸. Le professeur Darankoum y voit logiquement un élément de pérennité du lien contractuel puisqu'il donne l'occasion au débiteur de rattraper son erreur¹³⁶⁹. C'est cette "seconde chance" qui participe de l'essence même du contrat en Afrique, de la fraternisation¹³⁷⁰ dont nous parlons et à travers laquelle certains ont pu voir uniquement une générosité encadrée ou une faveur du créancier¹³⁷¹.

[548] De *lege lata*, on pourrait y voir une simple manifestation de l'obligation implicite de coopération qui innerve le droit OHADA¹³⁷² mais le délai supplémentaire va bien plus loin que la simple coopération. Il est postérieur à la collaboration puisqu'il survient en cas de difficulté d'exécution du contrat ou carrément en cas d'inexécution de ce dernier.

¹³⁶⁸ Pour une opinion similaire, A. A. NGWANZA, *Op. cit.*, p. 235. « Le délai supplémentaire participe naturellement de la correction de la mauvaise exécution ... ».

¹³⁶⁹ Emmanuel DARANKOUM, « La pérennité du lien contractuel, dans la vente commerciale OHADA : analyse et rédaction de clause », *Penant* 2005, p. 500 et s., spéc. p. 502.

¹³⁷⁰ Envisagée sous la forme d'une coopération poussée à l'extrême, cette idée se retrouve émise clairement par Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, *Op. cit.*, n° 124 et s.

¹³⁷¹ A. A. NGWANZA, *Op. cit.*, n° 377, 378 et s.

¹³⁷² Art. 257 nouveau ou 269 nouveau de l'AUDCG ou Art. 221 al. 2 de l'AUDCG. Comp. Art. 5.1.3 des PU qui reprend l'art. 32 al. 3 CVIM et continue les articles 34 et 37. V. A. A. NGWANZA, *Op. cit.*, p. 208 et s., n° 343 et 344.

[549] Le délai supplémentaire est à distinguer du délai de grâce¹³⁷³. Le premier est prévu par l'art. 7.5¹³⁷⁴ de l'AUDC. En droit OHADA et selon la conception africaine du délai supplémentaire que nous défendons, il faille rapprocher l'interprétation de l'art. 7.5 de l'AUDC de la conception allemande du délai de correction¹³⁷⁵. Contrairement à Claude Witz¹³⁷⁶ suivi en cela par de nombreux autres auteurs¹³⁷⁷, nous ne partageons pas le caractère facultatif attribué actuellement au délai supplémentaire dans la CVIM¹³⁷⁸, l'AUDC et les PU et pensons qu'en droit africain des contrats, ce délai devrait être obligatoire du moins dans l'éventualité d'une tentative de résolution unilatérale du contrat et surtout pour les cas d'inexécution d'importance minime par rapport à l'ensemble des obligations du défendeur¹³⁷⁹. En effet, accorder à son partenaire un temps suffisant face à ses difficultés pour lui permettre de s'exécuter, qui plus est en cas de preuve de bonne foi du co-contractant, fait partie intégrante des valeurs contractuelles africaines, des règles non écrites et quasi-obligatoires de la culture juridique africaine.

2. Le remplacement de l'objet du contrat, les clauses d'indexation et de réduction du prix

[550] Lorsqu'on a accepté de donner un délai supplémentaire à son créancier, on s'attend en général à ce qu'il fasse preuve de bonne foi par un commencement d'exécution de la prestation qu'il avait promise mais qu'il n'avait pas exécuté ou interrompu pour une raison

¹³⁷³ Le délai de grâce est en général judiciaire et est par exemple prévu par l'art. 1244-1 du Code civil français.

¹³⁷⁴ Art. qui reprend le libellé de l'art. 7.1.5 des PU.

¹³⁷⁵ Le paragraphe 281 du BGB allemand subordonne la possibilité de résolution unilatérale à l'octroi obligatoire d'un délai supplémentaire de correction de la défaillance du contrat.

¹³⁷⁶ Claude WITZ, « L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », dans *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 205 et s.

¹³⁷⁷ Emmanuel Sibidi DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 505 et s.; A. A. NGWANZA, *Op. cit.*, p. 236 et s., spéc. n° 379.

¹³⁷⁸ Art. 47 et 63 de la CVIM.

¹³⁷⁹ En référence à la lettre de l'art. 7.5.4 de l'AUDC.

a priori légitime. Ce faisant, une fois ce commencement d'exécution ou de continuation du contrat effectué, on n'est point surpris de le voir revenir pour demander plus. C'est malheureusement la preuve de l'adage qui met en garde en disant que « lorsqu'on donne la main à son adversaire (ici partenaire en situation difficile), il faut s'attendre à ce qu'il vous prenne tout le bras! C'est ainsi que le débiteur considéré comme un frère peut revenir en sollicitant un remplacement de l'objet du contrat¹³⁸⁰. Une fois cette substitution acceptée, elle peut permettre au débiteur de bonne foi de s'exécuter dans le délai supplémentaire éventuellement accordé. Il faut laisser comprendre que l'article 7.10 entend le remplacement non pas strictement comme une substitution matérielle mais tout procédé permettant la réparation du préjudice causé par le non respect des obligations et prestations contractuelles. Cette analyse se justifie aisément par le renvoi exprès aux articles 7.8¹³⁸¹ et 7.9¹³⁸² de l'AUDC dans l'article 7.10 qui lui-même parle de « tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse ».

[551] Une autre option possible réside dans la réduction du prix accordée par le créancier. Elle est plus opportune lorsqu'elle est anticipée par l'insertion préalable d'une clause d'indexation¹³⁸³ encore qualifiée de clause d'échelle mobile¹³⁸⁴. Elle est selon le professeur Didier Lluelles¹³⁸⁵, une clause de réajustement qui prévoit la modification automatique d'une obligation monétaire en fonction d'un élément objectif de référence nommé

¹³⁸⁰ Art. 7.10 AUDC.

¹³⁸¹ Exécution d'une obligation de somme d'argent.

¹³⁸² Exécution de l'obligation de non paiement.

¹³⁸³ André COSSETTE, « Les clauses d'indexation », Revue du Notariat, Vol. 82, 1979-1980, p. 455.

¹³⁸⁴ C. FABIEN et E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », Revue de droit de McGill, Vol. 28, 1983, p. 283 et s., spéc. p. 297.

¹³⁸⁵ Didier LLUELLES, « La révision du contrat en droit québécois », Revue générale de droit, Vol. 36, n° 1, 2006, p. 25 et s., spéc. p. 56. A la page 57, l'auteur en fonction des secteurs d'activité décline de nombreuses clauses d'indexation possibles telles que la clause escalatoire (taxes foncières), la clause valeur-or (indice de variation en or), la clause valeur-devise (monnaie étrangère stable) et autres.

indice »¹³⁸⁶. Elle peut également se matérialiser par une clause de revalorisation fixe¹³⁸⁷. Toutes choses qui n'ôtent pas au créancier son droit de mettre fin unilatéralement aux rapports contractuels par simple notification.

Paragraphe 2 : La pertinence d'une résolution par notification avant réparation

[552] Dans leur recherche des solutions pertinentes à l'inexécution de ses obligations par l'une d'entre elles, les parties n'ont d'autre choix que de penser à la résolution lorsque les tentatives de renégociation consensuelles ont échoué. En effet, la situation ne pouvant se limiter à un *statu quo* au regard du bouleversement des circonstances contractuelles, et les parties ne pouvant, malgré leur bonne foi et les exigences des textes s'entendre, il faut donc mettre fin à la relation contractuelle. Pour ce faire, l'AUDC a mis sur pied une procédure simplifiée mais également protectrice des intérêts des parties : la résolution unilatérale par simple notification (A-). Elle n'est en réalité que le prélude à une recherche de réparation intégrale des préjudices subis par chacune des parties, réparation qu'elle n'entrave aucunement (B-).

A- La résolution unilatérale par notification

[553] Ce principe¹³⁸⁸ qui semble si tant novateur et qui fut décrié par des auteurs en droit OHADA¹³⁸⁹ n'est en réalité rien de si nouveau dans le corpus juridique OHADA.

¹³⁸⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 449. V. mot « indexation »; Paul André CREPEAU, *Dictionnaire de droit privé*, p. 182-183, V. mot « indexation ».

¹³⁸⁷ Didier LLUELLES, *Id.*, p. 52.

L'AUCTMR attribue déjà au transporteur un pouvoir unilatéral pour mettre un terme définitif¹³⁹⁰ anticipé au contrat de transport à travers le refus de transport¹³⁹¹.

[554] Alors que certains auteurs refusent de l'admettre, Bénédicte Fauvarque-Causson¹³⁹² retient que sous l'effet de la jurisprudence qui fait évoluer la règle juridique, il est clair que la résolution unilatérale est un des « atouts substantiels nombreux » du droit français au même titre que le *common law*. On pourrait penser comme d'autres auteurs¹³⁹³ que la consécration dans un contrat spécifique de droit OHADA tel celui sur le transport de marchandise par route¹³⁹⁴ de ce principe, justifie encore plus si besoin était que le cadre général des contrats OHADA le consacre au regard de l'importance qu'il revêt pour la vitalité transactionnelle et l'essor économique en Afrique. Cependant telle n'est pas notre position.

¹³⁸⁸ V. sur la question, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, Economica, Coll. Etudes juridiques, 103 pp. et aussi E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000, 1381.

¹³⁸⁹ Barthélémy MERCADAL, « Abécédaire sur les débats du Colloque de Ouagadougou : l'harmonisation du droit OHADA des contrats », Actes du Colloque de Ouagadougou sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats du 15 au 17 novembre 2007. Publié à la Revue de droit uniforme, 2008, n° 1 et 2, p. 489 et s., spéc. p. 494.

¹³⁹⁰ Dans certains cas de refus de transport comme celui de l'article 8.4 AUCTMR, le contrôle à *posteriori* du juge est tout de même requis pour valider les raisons de cette résolution unilatérale. Ceci n'enlève aucune pertinence à la qualification de résolution unilatérale que nous constatons consacrée à travers cet article de l'AUCTMR. À l'opposé de notre opinion il serait possible d'analyser cette disposition comme n'étant pas une résolution unilatérale définitive puisqu'elle est soumise au contrôle du juge. D'autres auteurs l'ont aussi apparenté à l'exception d'inexécution « dans la mesure où le transporteur, confronté à l'inexécution par l'expéditeur de l'obligation d'information, est en droit de ne pas fournir sa prestation ». V. J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Thèse, Paris, éd. 1971, cité par André AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 1, PUAM, Coll. Horizons Juridiques Africains, 2010, p. 397 et s., spéc. p. 428.

¹³⁹¹ Art. 7.2 AUCTMR. Art. 8 alinéas 3 et 4 de l'AUCTMR. Le vrai unilatéralisme est édicté à l'alinéa 3 puisque sous réserve du respect de la condition fixée, - l'urgence due au caractère dangereux des marchandises - c'est bien une résolution anticipée de plein droit qui s'opère incontestablement.

¹³⁹² Bénédicte FAUVARQUE-CAUSSON, Intervention durant l'atelier 1 *Le rôle de la convergence dans le développement*, présentée durant la conférence Convergence et développement : Ateliers d'échanges entre la Banque mondiale et le Barreau de Paris, p. 23 - 26, spéc. p. 25.

¹³⁹³ Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 237 et s.

¹³⁹⁴ Articles 7.2; 8.3 et 8.4 précités de l'AUCTMR.

[555] En effet, nous suivrons toujours notre logique de rester calqué le plus possible aux valeurs contractuelles et aux réalités africaines tant que ces dernières ne causent pas un préjudice à l'essor économique en Afrique en comparaison avec d'autres règles. En l'espèce, de fortes réalités dans le contexte africain militent en faveur de l'exclusion de cette mesure aussi novatrice et libérale qu'elle paraît être.

[556] Premièrement, la solidarité africaine, l'impossibilité de se défaire *ad nutum* du contrat comme s'il était un simple lien individuel sans impacts sociologiques, empêche l'observateur averti du cercle social africain de donner son adhésion à une telle mesure de résolution unilatérale sur simple coup de tête. Le penchant naturel africain pour le compromis, pour la prévention du contrat, sa sauvegarde¹³⁹⁵ et pas sa fin sur volonté unilatérale, sa renégociation¹³⁹⁶ chaque fois que possible, sont autant d'arguments contextuels qui additionnés vont logiquement à l'encontre de cette mesure spécifique. L'affirmation consistant à écrire qu'« aucune particularité africaine ne justifierait la résolution judiciaire comme mode de principe »¹³⁹⁷ est donc à relativiser entièrement.

[557] Deuxièmement, l'OHADA a retenu un principe général de résolution judiciaire en l'état actuel du droit de la résolution dans la majeure partie des autres Actes uniformes¹³⁹⁸. Ici encore, avec égards, nous pensons que même si l'affirmation du Professeur Darankoum selon laquelle les Actes uniformes ne sont pas coulés dans le béton et ne comportent pas des solutions idéales était avérée et qu'il faille permettre à l'Afrique de rejoindre la modernité¹³⁹⁹, elle ne justifie en rien la consécration de la résolution unilatérale sur simple

¹³⁹⁵ Il s'agit du principe du *favor contractus* avant, pendant et après le contrat, abondamment développé et défendu par l'auteur tout au long de ses lignes.

¹³⁹⁶ Voir le A- précédent où la pertinence de la renégociation est démontrée sur la base des facteurs socio-anthropologiques africains.

¹³⁹⁷ Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 237.

¹³⁹⁸ À l'exception de l'AUCTMR, l'AUDCG révisé notamment en ses articles 296 et s.; l'AUSCGIE notamment les art. 200 et s.; 290 et s.; 368 et s.; 664 et s. prévoient une résolution judiciaire.

¹³⁹⁹ Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 237.

notification. La modernité dont s'agit est contre-productive à la lumière de la ligne contractuelle suivie dès le début de nos développements et qui est conforme aux valeurs contractuelles africaines. En effet, consacrer la résolution unilatérale ne promeut en rien l'ouverture des négociations ou l'entrée en pourparlers¹⁴⁰⁰. Au contraire, cette démarche laisse l'impression en Afrique d'une intention belliqueuse qui n'arrange en rien la relation contractuelle. En Afrique, que ce soit en saisissant le juge, ou en déclarant le contrat résilié unilatéralement mais de manière formelle, le contractant déclenche une procédure contractuelle belliqueuse. La résolution unilatérale est donc inappropriée sous ces aspects.

[558] De plus, comment la consécration de la résolution unilatérale peut-elle en faire la chose des parties si tant est que la résolution unilatérale est le pouvoir de mettre fin unilatéralement au contrat sans l'avis du cocontractant¹⁴⁰¹, sachant que le principe du contrat, chose des parties prône plus son maintien pour une éventuelle renégociation selon l'approche africaine retenue jusqu'à date¹⁴⁰². Nous arrivons aussi difficilement à comprendre comment dans les contrats asymétriques, cette option de résolution est idéale simplement parce que le cocontractant faible a la possibilité de se pourvoir *ex post* devant le juge pour un prononcé d'une résolution judiciaire condamnant le contractant fautif. Il est connu de tous qu'en Afrique, les justiciables économiquement faibles - nous sommes dans le contexte d'un contrat d'adhésion - ont très peu confiance dans les tribunaux et ne voudront pas croiser le fer avec leur contractant en position de force d'où l'inutilité de cette option ouverte de résolution judiciaire *a posteriori* qui sera très peu utilisée dans la

¹⁴⁰⁰ Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 237.

¹⁴⁰¹ Sur « l'interdiction de se faire justice à soi-même » auquel il ne serait pas porté atteinte ici selon le professeur Emmanuel S. DARANKOUM, elle reste vivace en Afrique et la résolution unilatérale en est une atteinte manifeste et flagrante. En Afrique, quelque soit ce qui se passe, on ne se fait pas justice soi-même. Au pire, fait-on appel aux forces surnaturelles, à la nature et c'est elle qui rend justice. Et même pour les crimes d'honneur et/ou de lèse-majesté, c'est à un tiers de les réparer si on peut réparer et pas à l'auteur du crime qui ne fera que subir le châtement. C'est la preuve que quelque soit la situation, un tiers en général, en matière contractuelle un sage africain, actuellement en droit le juge, doit intervenir et pas une des victimes actrices du contrat.

¹⁴⁰² *Contra*, Emmanuel S. DARANKOUM, *Op. cit.*, p. 237 et s.

pratique de ces types de contrat surtout. Cette série d'arguments ne prend même pas en compte l'inconvénient du coût économique de cette double étape unilatérale puis judiciaire avant de pouvoir mettre fin à un contrat.

[559] En troisième position, nous avons l'argument du coût dispendieux de cette option qui au final se révèle sur ce plan aussi contreproductive par rapport à l'objectif visé puisqu'elle finit par une saisine du juge qui doit d'abord se prononcer sur l'opportunité et la pertinence de la résolution unilatérale du premier contractant ; avant de se pencher sur la tentative de rétablissement du préjudice subi le cas échéant par le second contractant qui aurait *a posteriori* saisi le juge. C'en est cela que nous suivons parfaitement le Professeur Mercadal¹⁴⁰³ qui, fort à propos, mentionne le cas français¹⁴⁰⁴.

[560] Dans la logique actuelle, le créancier qui décide la résolution prend le risque lorsque le débiteur conteste l'inexécution essentielle, de se retrouver avec un procès pour rupture abusive et une incertitude pendant toute sa durée et des coûts y afférents. Il reste évident qu'en ce sens, l'option de l'article 1358 alinéa 2 de l'avant-projet français de réforme du Code civil est une meilleure option. Elle autorise la résolution unilatérale pour inexécution essentielle uniquement après une mise en demeure suivi de l'octroi d'un délai raisonnable d'exécution à la suite duquel une notification de résolution unilatérale est envoyée au débiteur défaillant incluant les motifs de la rupture unilatérale, laquelle inexécution prend effet à la réception par le débiteur et est modulée en principe pour l'avenir sauf pour les contrats à exécution instantanée¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰³ Barthélemy MERCADAL, *Op. cit.*, p. 494 et 495.

¹⁴⁰⁴ Précisément l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du code civil français (Avant-projet Catala).

¹⁴⁰⁵ Judith ROCHFELD, « Commentaire de la partie relative à l'inexécution des obligations (art. 1157 à 1160-1) de l'Avant-projet Catala », pp. 40-42 et s. Disponible sur www.justice.gouv.fr/catala, dernière consultation le 06 février 2013.

[561] L'avantage de cette option est d'abord légistique. La clarté du texte évite les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles et par conséquent favorise la certitude juridique. Elle est ensuite économique car cette clarté permet d'éviter des procédures judiciaires longues et coûteuses. Elle permet enfin la résolution unilatérale et ses avantages, tout en évitant d'autres inconvénients y associés notamment la lourdeur de la double procédure unilatérale et judiciaire.

[562] De plus, elle clarifie le sort du contrat pendant la phase intermédiaire de résolution avant saisine judiciaire éventuelle¹⁴⁰⁶, sauve les coûts afférents à l'instance judiciaire et règle le problème des effets du contrat résolu unilatéralement notamment la date de prise d'effet de la notification. Par ailleurs et fait très important dans le contexte africain, l'octroi d'un délai raisonnable obligatoire pour s'exécuter, laisse plus l'impression d'une porte de sortie négociée que la résolution unilatérale prévue par l'AUDC.

[563] Le créancier demeurant dans son droit de mettre fin au contrat, même s'il procède unilatéralement à cette résolution du contrat objet des difficultés, il n'en perd pas pour autant son droit à réparation pour cause d'inexécution de son cocontractant.

B- La réparation du préjudice d'inexécution

[564] Les PU offrent un excellent terrain de dispositions relatives justement à la réparation du préjudice¹⁴⁰⁷ effectivement subi par le créancier¹⁴⁰⁸. Des sentences arbitrales

¹⁴⁰⁶ Dans l'option actuelle de l'AUDC (art. 7.13) et des Principes UNIDROIT, on ne sait pas exactement quand la résolution prend effet. Ce qui se passe si le caractère essentiel de l'inexécution fait défaut après quant aux actes posés entre -temps par le créancier. Le juge pourrait le décider mais le libellé de l'article 1158 et 1160 de l'Avant-projet Catala est plus clair à ces sujets et devrait mériter toute l'attention du législateur OHADA.

¹⁴⁰⁷ Chapitre 7 sur l'inexécution avec la section 4 sur les dommages-intérêts; chapitre 8 sur la compensation.

¹⁴⁰⁸ Le principe étant celui de la réparation intégrale du préjudice. Le droit français en parle aussi mais plus à propos de la responsabilité délictuelle. Pour un aperçu des nuances entre les PU, le droit français et les

ont d'ailleurs référé à ces PU pour affirmer *le caractère abusif de la réclamation faite par une partie et la limitation de cette dernière à une réparation intégrale à l'exclusion des souffrances et du préjudice moral invoqués pour une société*¹⁴⁰⁹. La limitation également de l'indemnisation aux frais qui résultent de l'inexécution du contrat et du préjudice prévisible à l'exclusion des frais résultant de l'exécution a également fait l'objet d'une solution sentencielle¹⁴¹⁰.

[565] Dans la continuité de ce qui précède, les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles font l'objet d'une attention particulière dans les PU. C'est ce que faisait justement remarquer le professeur Marcel Fontaine¹⁴¹¹ dans un écrit sur la question. La clause pénale¹⁴¹² peut être le lieu de comparer une fois encore les deux principaux systèmes en présence, les PU¹⁴¹³ ainsi que la pratique informelle en Afrique, relative à la réparation du préjudice.

[566] Il faut en passant retenir que la clause pénale est celle qui permet à la partie contractante victime d'une inexécution de bénéficier d'une somme prédéterminée payée par le cocontractant défaillant, indépendamment du préjudice subi.

[567] Les PU préconisent encore ici une solution médiane entre des pratiques légèrement différentes d'un système à un autre. Dans les systèmes civilistes, la clause pénale est

PEDC, V. P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », dans P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (Dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243 et s.

¹⁴⁰⁹ Art. 7.4.1 et art. 7.4.2 PU.

¹⁴¹⁰ Sentence arbitrale Chambre d'arbitrage national et international de Milan, (Italie), 1, XII.1996, N° A-1795/51 (arbitre unique), (en langue italienne), citée par Emmanuel Sibidi DARANKOUM, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres et par les juges étatiques », *Rev. juridique Thémis*, Vol. 36, 2002, p. 428, note 6.

¹⁴¹¹ Pour des détails, Marcel FONTAINE, « Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'UNIDROIT : observations critiques », *Rev. dr. unif.*, 1998, n° 2 et 3, p. 405.

¹⁴¹² Art. 7.31 AUDC.

¹⁴¹³ Art. 7.4.13 PU.

reconnue valide tout en ayant un régime particulier¹⁴¹⁴. Comme dans certains droits africains, l'AUDC est allé directement et uniquement¹⁴¹⁵ dans le sens de la réduction des clauses excessives et pas celui de la majoration des clauses dérisoires¹⁴¹⁶. Ce fait quoique critiquable, pourrait s'expliquer par l'existence en droit africain, de nœuds culturels de résistance en même temps que des pratiques établies en faveur du dédommagement avec intérêt du créancier objet d'une inexécution. Plus précisément, c'est l'usure qui est interdite en droit sénégalais et guinéen des contrats et pas les intérêts qui sont une pratique autorisée. On n'a ainsi pas pensé aux indemnités forfaitaires trop faibles lorsque comparées au préjudice effectivement subi et la lacune devrait faire l'objet d'une correction par une disposition complémentaire.

[568] Certains pays ont dans leurs législations interdit les intérêts sur somme d'argent ce qui peut laisser supposer que les intérêts moratoires pour dédommagement suite à une inexécution ne seraient pas possibles. Toutefois, une certaine réserve est nécessaire. Une analyse plus approfondie de la *riba*¹⁴¹⁷ par exemple en Arabie Saoudite conduit à la conclusion que l'interdiction vise en effet plus la pratique de l'usure en elle-même et les intérêts directs sur les prêts monétaires octroyés, que les dommages-intérêts attribuables en droit suite à un préjudice résultant d'une inexécution fautive. Une analogie, possible en droit civil iranien, ne peut cependant être étendue au droit civil irakien¹⁴¹⁸, encore moins à celui égyptien¹⁴¹⁹ qui autorisent tous les deux clairement le principe des intérêts.

¹⁴¹⁴ Pour des détails sur cette analyse du régime de la clause pénale en droit civil on pourra consulter l'ouvrage de Fredj. LOKSAIER, *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux : étude de droit français avec références au droit suisse et au droit tunisien*, Lausanne, Payot, 1985.

¹⁴¹⁵ Contra : Art. 136 Loi Malienne n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations.

¹⁴¹⁶ A. A. NGWANZA, Thèse précitée, p. 197 et s., n° 325 à 329.

¹⁴¹⁷ Voir Loi saoudienne sur l'usure pour des détails sur la *Riba*.

¹⁴¹⁸ Art. 171 du Code civil irakien.

¹⁴¹⁹ Art. 226.32 du Code civil égyptien.

[569] Dans une partie de l’Afrique, de confession musulmane, on a des pays comme la Mauritanie, le Maroc, la Guinée qui permettent aussi les intérêts en les distinguant de l’usure bien entendu. La situation devient plus alambiquée lorsqu’on remarque tel que c’est le cas en droit koweïtien que deux textes différents se contredisent¹⁴²⁰ sur la question. C’est au moins la preuve que le sujet est retors et qu’un consensus est difficile à trouver.

[570] En dehors de ces cas précis, pour pouvoir mettre en œuvre ces différentes et pertinentes solutions à l’inexécution, les parties doivent faire converger leur interprétation du contrat avec leur intention lors de son élaboration. Sauf mauvaise foi, la chose est possible mais peut-être pas aisée vu l’écart temporel entre les deux moments contractuels. La difficulté est donc patente lorsque ce rôle revient au juge qui n’était pas présent lors de la conclusion du contrat. De surcroît, dans le contexte africain, des réalités existent qui complexifient cette tâche et justifient que nous y consacrons les développements à suivre (**Section 2**).

SECTION 2 : L’interprétation du contrat en droit OHADA

[571] La jurisprudence est la première source d’interprétation du droit. Aux lendemains des indépendances et de la mise en place des institutions judiciaires en Afrique, on admettra que la jurisprudence était plus un moyen de civilisation des peuples africains par

¹⁴²⁰ Le Code civil du Koweït (art. 262 et 574) interdit l’intérêt tandis-que le Code de commerce l’autorise (art. 102). On comprendra sous toutes réserves, qu’en matière commerciale au Koweït, la chose est possible alors qu’elle est impossible en matière civile entre les particuliers.

une tentative d'assimilation¹⁴²¹ des coutumes locales par le droit dit "civilisateur" des colonisateurs. Les juges interprétaient même les coutumes africaines au regard du droit de la métropole colonisatrice¹⁴²². De nos jours, la jurisprudence semble être en voie de devenir un moyen d'évolution juridique¹⁴²³. C'est en principe ce que devrait être l'objectif de l'interprétation du droit dans l'environnement africain : appliquer et harmoniser le droit en restant en symbiose avec les réalités socio-économiques locales (**Paragraphe 1**). Ce *leitmotiv* semble se concrétiser de plus en plus depuis l'avènement de l'OHADA. Nous essaierons de vérifier cette hypothèse au travers de certains cas jurisprudentiels de l'espace OHADA avant de rechercher certaines améliorations encore possible (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Interpréter des normes dans l'environnement africain

[572] Le législateur africain¹⁴²⁴ n'a pas dérogé à la règle générale voulant que l'interprétation repose sur la recherche de la volonté des parties¹⁴²⁵.

¹⁴²¹ Idée empruntée à Maurice NKOUEJIN YOTNDA, « Le rôle de la jurisprudence dans les nouveaux États d'Afrique francophone », *Penant*, 1973, p. 11, spéc. p. 13 et s. de l'avis de cet auteur que nous partageons, la tentative fut un échec du fait de la résistance passive des "indigènes" et d'autre part du fait de la contradiction entre certains textes du colon et l'article 82 de la constitution française de 1946, édictant la non-intervention dans le droit privé des territoires, surtout ceux qui n'avaient pas le statut de colonie.

Pour une opinion contraire V., Louis KOFFI AMEGA, « Dix ans de droit en Afrique noire », *Penant*, 1972, p. 285 et s., spéc. p. 287. L'auteur trouve notamment d'autres justificatifs à l'échec de ce qu'il appelle la « théorie de l'assimilation ».

¹⁴²² M. NKOUEJIN YOTNDA, *Ibid.*, p. 14 – 16.

¹⁴²³ Xavier LEWIS, « L'eupéanisation du common law », dans Pierre LEGRAND (Dir.), *Common law d'un siècle à l'autre*, Québec, Editions Yvon Blais, 1992. L'auteur démontre aux pages 287-293 spéc., comment la jurisprudence communautaire influe le common law dans l'espace européen.

¹⁴²⁴ Jacques MBOSSO parle d'« interprétation authentique ». L'authenticité d'une interprétation ne pouvant découler que du respect de la volonté des parties au contrat à notre avis. Jacques MBOSSO, « Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé », *RDAI/IBLJ* N° 2, 2000. Dans les droits nationaux, V. Art. 99 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal pour un exemple de ce respect de la volonté des parties dans l'interprétation du contrat.

[573] Il faut démystifier une croyance qui veut que les textes clairs ne puissent ou ne devraient être interprétés. En effet, un principe cardinal de l'interprétation découle de l'adage *interpretatio cessat in claris*¹⁴²⁶ qui ne devrait pas revêtir l'importance que lui donne une partie importante de la doctrine¹⁴²⁷. Dans l'environnement africain, notre opinion est d'autant plus vérifiée que les adages et principes cardinaux auxquels le juge est souvent confronté n'appartiennent pas à l'ordre culturel de pensée de nos espaces africains. Ainsi, même si en Afrique les règles sont effectivement édictées pour être appliquées directement lorsque claires, le chef de tribu, de village ou toute autre autorité traditionnelle en charge de l'application des règles, a l'autorité légale, coutumière et morale, de même que le pouvoir d'adapter ce texte à la situation qui lui est soumise. Non pas parce que la pratique ne serait pas claire mais parce que justement chaque cas soumis au chef est un autre qu'il doit adapter à la règle préétablie. L'interprétation est donc une donnée inhérente à la fonction de juger en Afrique.

[574] L'interprétation peut s'effectuer suivant deux objets distincts¹⁴²⁸. « [T]antôt déterminer le sens qui préexiste, c'est-à-dire corriger la formulation défectueuse d'une convention et tantôt combler les lacunes d'un contrat, c'est-à-dire compléter les stipulations des parties¹⁴²⁹ ».

¹⁴²⁵ Cette consécration repose sur les postulats du consensualisme retenu comme règle générale comme nous avons pu le noter. V. 2^{de} partie/Titre 1^{er}/chapitre 1/Section 1/Paragraphe 1/B-

¹⁴²⁶ Pour une opinion en général opposée au sens de cet adage, V. Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interpretatio non cessat*, Mélanges Pierre-André CÔTÉ, Cowansville, Yvon Blais, 2011, page...

¹⁴²⁷ À notre sens, on ne peut justement apprécier la clarté ou non d'un texte qu'après l'avoir jugé notamment en cherchant à le comprendre, en l'analysant, en l'interprétant, souvent par confrontation directe avec la situation dans laquelle on se trouve. Il a longuement été démontré le caractère au moins doublement trompeur de l'adage précité : a. il y a toujours plusieurs choix d'interprétation qu'offre un texte même très clair; b. il faut souvent justifier du choix de ce texte par rapport à un autre ou simplement justifier le sens qu'on lui donne, ce qui revient à l'interpréter. Voir à ce propos, Michel VAN De KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité? », dans Guy HAARSCHER, Léon INGBER et Raymond VAN ELST (Dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 291-315.

¹⁴²⁸ Sébastien PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, p. 191, n° 284.

¹⁴²⁹ Cette seconde option étant exclue *stricto sensu* par Philippe SIMLER dans le *Jurisclasseur Civil*, V. art. 1156 à 1164, fasc. 10, n° 6 et s.

[575] Cette précision faite on peut à juste titre se demander alors quel type d'interprétation est la plus adaptée au contexte contractuel africain. Il est évident que nous ne retracerons pas tous les modes d'interprétation législatifs¹⁴³⁰ qu'il a été donné à la doctrine de recenser¹⁴³¹.

[576] Avant d'en venir à ces grands principes et méthodes d'interprétation d'une norme (A-), certains garde-fous sont possibles pour assurer une uniforme interprétation du droit OHADA. Nous ne les développerons pas tous mais nous attarderons en particulier sur l'érection d'une institution en charge de trancher les difficultés d'interprétation qui pourraient survenir dans l'application d'une telle loi. Le rôle, le fonctionnement et l'efficacité des moyens de fonctionnement de cette institution qui, dans le cadre de l'OHADA est la CCJA, seront clarifiés (B-).

A- Les principes ou méthodes d'interprétation adéquats

[577] De nombreux écrits¹⁴³² ont fait le tour de la question des méthodes d'interprétation. Il serait à dessein fait abstraction de l'interprétation littérale qui prône que les textes doivent être interprétés conformément à leur lettre¹⁴³³. Non seulement elle n'est plus réaliste mais encore moins convient-elle au contexte africain de l'OHADA où la règle de

¹⁴³⁰ Pour un aperçu des modes d'interprétation législative connus, V. Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative*, LexisNexis éd., Montréal, 2008.

¹⁴³¹ Voir par exemple, Pierre-André CÔTE, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis 4^e éd., Montréal, 2009.

¹⁴³² François GÉNY est l'un des premiers que nous retenons : « Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif », 2^{ième} éd., Vol 1 et 2, L.G.D.J., Paris, 1919 ;

¹⁴³³ Sheldon D. ELLIOT, « Techniques of Interpretation », dans Bernard SCHWARTZ (Ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1956, p. 80 et s., spec. pp. 81 et 82.

droit composite est souvent le fruit d'un processus socioculturel historique incluant des « imports/exports juridiques » qui lui donnent un sens souvent confus.

[578] Qu'on s'intéresse à l'Afrique judiciaire civiliste ou d'inspiration common law, les deux partagent comme le démontrait Neil MacCormick¹⁴³⁴ et Claire Moore Dickerson¹⁴³⁵, des similarités profondes quant au raisonnement juridique et à la motivation des décisions de justice.

[579] Les premiers auteurs commentant les textes de l'OHADA ont souvent fait référence à une sorte d'originalisme¹⁴³⁶. Il faudrait éviter toute adoption systématique de cette méthode en ce qu'elle créerait plus de difficultés qu'elle n'en réglerait. En effet, avec les différents emprunts juridiques et les nombreuses sources des textes OHADA; avec la difficulté de s'accorder sur l'intention claire et effective des pères de l'OHADA, vouloir éviter de s'abreuver comparativement à d'autres sources serait un suicide juridique certain pour l'OHADA.

[580] Il faut également savoir que dans le contexte africain, en fonction des situations d'espèce, on doit pouvoir mettre de côté l'interprétation par recherche de l'intention commune des parties pour privilégier la méthode d'interprétation objective avec prédilection pour des critères comme les usages appliqués, la bonne ou mauvaise foi d'une des parties, le principe des clauses stipulées qui ne doivent pas profiter au stipulant, etc.

¹⁴³⁴ Neil MacCORNICK, « Le raisonnement juridique en common law : la motivation comme justification », dans Pierre LEGRAND (Dir.), *Common law d'un siècle à l'autre*, Québec, Editions Yvon Blais, 1992, p. 309 et s.

¹⁴³⁵ Claire MOORE DICKERSON, « Le droit de l'OHADA dans les Etats Anglophones et les problématiques linguistiques », RIDC, 2008, n° 1, p. 7-17.

¹⁴³⁶ Doctrine interprétative un peu minimaliste pour laquelle les intentions premières des Pères fondateurs devrait prôner une interprétation au plus près du texte originel et qui exclut la réception de transplants juridiques ou tout autre apport extérieur même simplement jurisprudentiel. V. pour quelques développements, Fabrice HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères », dans l'ouvrage *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, disponible en ligne via Google Scholar/Hourquebie. Dernière consultation le 08-08-2012.

[581] Qu'on se comprenne bien : le but n'est pas de rejeter toute recherche de l'intention véritable partagée par les parties. L'autonomie de la volonté et le *pacta sunt servanda* fortement affirmés à juste titre dans l'AUDC ne nous le permettraient pas. Le but est de solliciter le recours chaque fois qu'un doute ou une ambiguïté se fera percevoir dans cette quête de l'intention des parties, des critères objectifs mentionnés. Cette opinion est parfaitement partagée par les professeurs Jean-Louis Baudouin, Pierre Gabriel Jobin, Guy Lefebvre et Jie Jiao¹⁴³⁷.

[582] Par exemple, lorsque l'une des parties est illettrée, le juge devrait en cas d'obscurité du contrat ou de contradiction donner préférence aux témoignages¹⁴³⁸ sur l'écrit, surtout si ces écrits vont dans l'avantage exclusif de la partie lettrée. Le juge doit aussi interpréter dans le sens de la partie économiquement la plus faible¹⁴³⁹ car elle est *à priori* la plus vulnérable et celle à même de s'être fait imposer ladite clause obscure.

[583] Il faut prôner une interprétation ouverte, dynamique et utile¹⁴⁴⁰ permettant de développer cette ingéniosité juridique nécessaire à l'éclosion d'une *lex africana* véritable. Elle ne saurait cependant s'empêcher d'être contextuelle c'est-à-dire inspirée par les réalités locales et s'imprégnant d'elles pour adapter ses solutions interprétatives. L'interprétation en droit contractuel OHADA doit être progressiste; elle devra, telle une

¹⁴³⁷ Voir Guy LEFEBVRE et Jie JIAO, « Les principes d'UNIDROIT et le droit chinois : convergence et dissonance », R.J.T., Vol 36, 2002, p. 528. Les auteurs l'expriment en réfutant les analyses de X.-Y. LI-KOTOVCHIKHINE, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », J.D.I., 2002, p. 126. *loc. cit.*, note 9, 126. Ils citent au soutien de leur réfutation un passage de l'ouvrage de Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^{ième} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 426 et 427, p. 346 et 347.

¹⁴³⁸ Le code des obligations civiles et commerciales dans sa version de 1963 par exemple prévoyait à ses articles 101 et 102 qu'en de tel cas, préférence doit être accordée aux formes d'expression qui reflètent le mieux la volonté personnelle des contractants

¹⁴³⁹ Voir dans cette thèse, notre proposition relative à l'abus de puissance économique ou de dépendance économique comme critère possible de résolution d'un contrat.

¹⁴⁴⁰ La Cour suprême canadienne nous donne des exemples loquaces de ce type d'interprétation avec les arrêts clés que sont : *Baker c. Canada* ou encore *Mugesera c. Canada* à l'occasion desquelles l'esprit de textes qui ne faisaient pas partie formellement du droit canadien (par exemple *la jurisprudence américaine* ou encore *les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne*, paragraphe 70 de *Baker*; paragraphe 178 de *Mugesera*) a servi aux juges pour prendre une décision plutôt que l'autre.

plante juridique, ancrer ses racines très loin dans le terreau de la comparaison poussée et des emprunts juridiques remis en contexte, le tout en veillant grâce aux juges de la CCJA à l'harmonie de l'ensemble.

[584] On doit donc revenir à la reconnaissance du rôle unificateur des interprétations que joue la CCJA. Sans cette reconnaissance l'œuvre d'uniformisation de l'OHADA perdrait sa valeur ajoutée.

B- L'intervention salutaire mais critiquée de la CCJA en matière d'interprétation

[585] La CCJA est une institution unique au monde qui joue un rôle clé dans l'uniforme application et interprétation du droit OHADA¹⁴⁴¹. En effet, strictement parlant, au niveau supranational, la CCJA ne connaît pas de paire au monde. L'unicité internationale¹⁴⁴² de l'institution lui est conférée par son rôle institutionnel (consultatif) et juridictionnel (contentieux) que nous clarifierons dans un premier temps (1-). On est même allé jusqu'à qualifier le fait qu'une telle juridiction puisse exister et de surcroît être fonctionnelle,

¹⁴⁴¹ Ce rôle clé se limite à la sphère judiciaire et ne s'étend en aucun cas aux pouvoirs législatif ou réglementaire conformément à l'article 5 du Code civil français de 1804 qui interdisait expressément aux juges de décider par des énoncés de règles générales et abstraites de sorte que leurs décisions ne puissent avoir valeur de règlement. Cet article est encore applicable dans la majeure partie des États de l'OHADA exception faite du Sénégal, du Mali, de la Côte d'Ivoire et du Cameroun. En effet, la Côte d'Ivoire et le Cameroun disposent chacun dans leur législation d'une reconnaissance exceptionnelle d'un pouvoir d'évocation en matière de cassation civile. V. R. NJEUFACK TEMGWA, « Le droit d'évocation reconnu aux juridictions de cassation en matière civile : le cas de la Cour suprême du Cameroun », *Civil Procedure Review*, Sept./Déc. 2010, p. 3.

¹⁴⁴² La Cour de justice des communautés européennes est différente et lacunaire comparée au rôle de la CCJA en ce sens que ces décisions s'imposent aux particuliers et parfois aux États mais pas toujours aux instances juridictionnelles nationales. Voir notamment pour une proposition de considérer cette Cour comme un organe international d'interprétation du droit, Jürgen BASEDOW, cité par Cl. WITZ, « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *JDI* 2006, N° 5, p. 22.

d'irréaliste et donc impossible¹⁴⁴³ et pourtant elle est réelle dans l'Afrique de l'OHADA. En effet, sur la base notamment de leurs différences sociologiques, politiques, de structures juridiques, il fut dit que :

« [t]o expect that all adhering States, notwithstanding their different social, political and legal structure could even agree on conferring to an international tribunal the exclusive competence to resolve divergence between the national jurisdictions in the interpretation of the uniform rules, would be entirely unrealistic ».

[586] Dans un second temps, nous récuserons certaines critiques marginales et partiales faites à cette Cour de justice et d'arbitrage en matière de droit des affaires africain. Ces critiques, si elles continuent d'être vilipendées, risquent à terme de miner non seulement son rayonnement mais aussi toute l'œuvre d'uniformisation (2-).

1. Les fonctions incontournables de la CCJA en matière d'interprétation

[587] Le rôle consultatif¹⁴⁴⁴ CCJA contribue en premier lieu à assurer une orientation harmonieuse des positions jurisprudentielles nationales. Il est complété par les fonctions contentieuses de l'Institution judiciaire d'harmonisation.

¹⁴⁴³ V. Valentine ESPINASSOUS, *Thèse précitée*, p. 97, spéc. pp. 170 - 171, notes 205, 206 et s., qui ponctue son opinion en citant l'illustre Pr Michael Joachim BONELL dont nous reprenons un court extrait assez évocateur.

¹⁴⁴⁴ Le rôle consultatif de la CCJA est prévu à l'article 14 alinéa 1^{er} en général et 2 en particulier qui prévoit que : « *La Cour Commune de Justice peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des Ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13.* ». Notons que par ce libellé le législateur OHADA a ainsi exclu les juridictions de cassation nationales de cette faculté de saisir la CCJA. En effet, ces juridictions n'ont pas en principe de compétence en matière de contentieux de droit uniforme OHADA. Cette disposition couplée au pouvoir d'évocation de la CCJA (Art. 14 al. 5 du Traité et Art. 29.5 al. 2 du Règlement de procédure d'arbitrage de la CCJA) permet de conclure que la CCJA est un troisième degré de juridiction en matière OHADA. Certains auteurs ont toujours été dubitatif à cet égard V. E. Assepo ASSI, « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, un troisième degré de juridiction? », RIDC 2005-4, p. 943 et s.

[588] S'agissant du rôle consultatif, il ne remplit pas une fonction harmonisatrice de premier plan au regard de la nature des avis consultatifs émis par la CCJA. En effet, la nature des avis émis par la CCJA n'est pas précisée par le Traité¹⁴⁴⁵. Ces avis peuvent revêtir une nature duale en fonction de leur destinataire. Lorsqu'ils s'adressent aux juridictions nationales¹⁴⁴⁶ qui doivent en général se conformer aux décisions de la CCCJA¹⁴⁴⁷, ils revêtent un caractère obligatoire quant à leurs orientations. En ce sens la CCJA jouerait un rôle salubre en matière d'interprétations nationales sur des questions de droit OHADA.

[589] Par contre lorsqu'ils s'adressent aux États-parties, ils ne peuvent techniquement être obligatoires¹⁴⁴⁸. Toutefois, parce que toute loi nationale dans les domaines de l'OHADA allant à l'encontre d'une position de la CCJA rencontrera des difficultés d'application et sera invalidée si sa conformité est soumise à la loupe de la CCJA, la finalité est la même à notre avis¹⁴⁴⁹.

[590] C'est la fonction contentieuse de la CCJA qui joue le véritable rôle unificateur de l'interprétation. L'innovation se trouve à ce niveau. Substantiellement, tout est accompli pour que la CCJA permette dans les matières de droit OHADA¹⁴⁵⁰ d'éviter les conflits

¹⁴⁴⁵ Sur cette question, V. Joseph ISSA-SAYEGH et Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA. Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, Juriscope, 2008, p. 30.

¹⁴⁴⁶ Exemple de l'avis n° 1/99/JN du 07 juillet 1999 en provenance du Tribunal de première instance de Libreville et portant sur une demande de précision du régime des nullités de procédure de l'AUPSRVE.

¹⁴⁴⁷ Suivant l'article, 18 al. 3 : « Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue. » et l'art. 20 du Traité de l'OHADA : « Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État Partie ».

¹⁴⁴⁸ Premièrement parce que la CCJA même en matière contentieuse n'a pas une fonction réglementaire ou de législateur. Elle ne saurait donc légiférer à la place des États. Deuxièmement, ceci se vérifie encore plus puisque nous sommes en matière consultative.

¹⁴⁴⁹ Pour un avis similaire, V. Jean GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », RIDC 2012-2, p. 477 et s., spéc. p. 493.

¹⁴⁵⁰ A l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales selon l'art. 14 al. 3.

d'interprétation par l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire qui leur est conférée dans les États-parties¹⁴⁵¹, couplée de ses pouvoirs de d'annulation¹⁴⁵² et de sursis à exécution¹⁴⁵³ des décisions des juridictions de cassation nationales. Son unicité découle du fait que les décisions de cette institution sont des précédents¹⁴⁵⁴ qui s'imposent à toutes juridictions nationales des États membres de l'OHADA. Cette réalité n'existe nulle part au monde¹⁴⁵⁵. Les décisions de la CCJA ont valeur de « précédents supranationaux »¹⁴⁵⁶ en ce sens qu'elles s'imposent sur le point de droit aux autres instances sans qu'elles ne puissent en aucun cas y déroger. N'oublions pas que cette unicité dans l'interprétation uniforme et l'existence d'une hiérarchie juridictionnelle établie entre la CCJA et les autres juridictions nationales des États membres¹⁴⁵⁷ n'existe pas dans les autres instruments internationaux uniformes d'harmonisation du droit¹⁴⁵⁸. Ces précédents transnationaux de la CCJA sont parfaits¹⁴⁵⁹ puisque le juge national ne peut en aucun cas s'en écarter contrairement au principe de l'*overruling*¹⁴⁶⁰ qui existe en tradition *common law*.

¹⁴⁵¹ Art. 20 du Traité OHADA.

¹⁴⁵² Art. 18 du Traité OHADA.

¹⁴⁵³ Art. 16 du Traité OHADA.

¹⁴⁵⁴ V. Valentine ESPINASSOUS, *Thèse précitée*, p. 97, spéc. pp. 164 - 171 qui explique comment dans l'espace européen une telle réalité est impossible.

¹⁴⁵⁵ Même la Convention de Vienne sur la Vente internationale de marchandises n'a pas réussi à produire un système uniforme de règles d'interprétation pour les États signataires. Encore moins une instance internationale unique d'interprétation des normes universelles de la vente qu'elle a édictées. Au plus peut-on soutenir que dans le cadre de la CVIM, les décisions éparses créent des précédents qui servent de suggestion aux autres juges nationaux mais qui sont limités et difficilement persuasifs vu l'absence d'une institution comme la CCJA qui chapeaute l'ordonnancement juridictionnel international. V. les citations de Valentine ESPINASSOUS, *Thèse précitée*, p. 97, spéc. p. 165, note 189 et s.

¹⁴⁵⁶ *Supranational Stare decisis*, expression empruntée à Franco FERRARI, « Gap-filling and Interpretation of the CISG : Overview of the International Case Law », RDAI 2003, p. 221 et aussi Michael Joachim BONELL, « Commentaire de l'article 7 », dans M. C. BIANCA et M. J. BONELL (Eds), *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giufrè, 1987, p. 91.

¹⁴⁵⁷ Arts. 16 et 18 du Traité OHADA et Art. 52 du Règlement de procédure de la CCJA.

¹⁴⁵⁸ L'article 7 de la CVIM n'impose aucune obligation de respecter les décisions émanant de cours nationales et relatives à l'interprétation de la CVIM.

¹⁴⁵⁹ L'expression est utilisée pour écarter tous les autres types de précédents qui existent et qui ne sont pas concernés ici. V. nos développements, Partie 1/Titre 2/Chapitre 1/Section 2/Paragraphe 2.

¹⁴⁶⁰ V. Partie 1/Titre 2/ Chapitre 1/Section 2/Paragraphe 2 et les nombreuses références y mentionnées.

[591] Les développements précédents confirment bien le caractère salubre des interventions de la CCJA qui permettront même en matière contractuelle de réduire, les difficultés posées par les divergences de conception et de notion¹⁴⁶¹ dans l'espace OHADA. Il n'est sûrement pas superflu de rappeler ici sur la base de ce qui précède que le juge africain d'alors et celui OHADA actuel, se rapprochent plus de son confrère de tradition common law en Afrique que ne le fait son homologue européen civiliste. En ce sens, la capacité de rapprochement des systèmes juridiques par le biais de l'action de la CCJA est à notre humble avis sous-estimée à maints égards.

[592] L'importance charnière du droit des contrats mérite justement que cette matière qui nous concerne spécifiquement dans cette recherche, soit soumise aux effets positifs de l'harmonisation législative OHADA et judiciaire notamment jurisprudentielle de la CCJA. Cette dernière ne sera possible cependant que si les critiques adressées à l'Institution ne sapent pas les fondements de toute l'œuvre d'harmonisation entreprise.

2. Les critiques partiales adressées aux domaines d'intervention de la CCJA

[593] Il ne faudrait pas taire ici les critiques adressées par certaines Hautes juridictions africaines à la question de la compétence grandissante de la CCJA que l'AUDC exacerberait. En effet, malgré toutes les polémiques au sujet de la perte de souveraineté nationale et la réduction de compétence¹⁴⁶² des juridictions suprêmes nationales¹⁴⁶³, il apparaît clairement qu'il s'agissait d'une fronde temporaire menée par quelques

¹⁴⁶¹ Jean GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *Op. cit.*, p. 479 et s.

¹⁴⁶² Encore dénommée « captation de compétence » ou « détournement de compétence », Cr suprême Côte d'Ivoire, ch. jud., n° 116, 06-03-2003. Disponible sur www.ohada.com, Référence OHADATA J-03-232, obs. J. ISSA SAYEGH, consulté le 23 mars 2013.

¹⁴⁶³ Voir le compte-rendu des huitièmes assises statutaires de l'AA-HJF portant sur le thème « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : bilan et perspectives d'avenir ». Tenu à Lomé du 06 au 09 juin 2013, les Actes de ce colloque international ont justement été publiés au Recueil Penant, n° 860, p. 285 et s.

détracteurs¹⁴⁶⁴ qui n'ont pas voulu cerner l'ampleur de l'œuvre unificatrice incontournable attribuée à la CCJA de l'OHADA. En effet la tendance jurisprudentielle laisse clairement percevoir que les juridictions nationales¹⁴⁶⁵ s'évertuent de plus en plus à reconnaître la compétence exclusive de la CCJA¹⁴⁶⁶ dans les matières¹⁴⁶⁷ régies par l'OHADA. Alors que la Côte d'Ivoire¹⁴⁶⁸ avait la triste réputation d'avoir le plus¹⁴⁶⁹ détourné la compétence de la CCJA¹⁴⁷⁰, ce sont à la fois des juridictions ivoirienne¹⁴⁷¹ nigérienne¹⁴⁷² et camerounaise¹⁴⁷³ qui principalement s'illustrent de nos jours dans l'affirmation claire de cette compétence exclusive de la CCJA¹⁴⁷⁴.

[594] L'élargissement de la compétence de la CCJA en matière d'interprétation évoquée à plusieurs reprises est un débat distinct aux remèdes déjà évoqués¹⁴⁷⁵. Mauvaise

¹⁴⁶⁴ Avec égard, nous dénombrons entre autres, l'Association des Hautes Juridictions Francophones qui pendant ses assises tenues à Lomé en 2010 a fustigé la CCJA et proposé une rétrocession des compétences de la CCJA aux Cours suprêmes nationales.

¹⁴⁶⁵ Hormis selon l'art. 13 du Traité OHADA pour le contentieux des Actes uniformes en première instance et en appel pour lesquels elles sont compétentes.

¹⁴⁶⁶ Art. 14 alinéas 3 et 4 et art. 15 Traité OHADA.

¹⁴⁶⁷ Détaillées à l'art. 2 du Traité OHADA.

¹⁴⁶⁸ V. les notes de J. ISSA SAYEGH sous Cour suprême Côte d'Ivoire, ch. jud., n° 116, 06-03-2003 précité.

¹⁴⁶⁹ Affirmation tirée des décisions mentionnées sur le site www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 09 septembre 2012 et qui ne prétend aucunement prendre en compte toutes les décisions des cours nationales OHADA sur la question.

¹⁴⁷⁰ Cr. suprême Abidjan, Côte d'Ivoire, ch. jud., n° 136, 15-03-2001. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 09 septembre 2012, OHADATA J-02-86, obs. F. KOMOIN. V. aussi Mahutodji, Jimmy Vital KODO, *Op. cit.*, p. 142, notes 61 à 64 qui cite 4 autres cas ivoiriens.

¹⁴⁷¹ CA Abidjan, ch. civ. & com., n° 617, 08-06-2004. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-05-263. Consulté le 30 novembre 2012.

¹⁴⁷² Cr. Supr. Niger, n° 06-159/C du 1^{er} juin 2006. Disponible sur www.juriniger.org, Décision n° 134 du site consulté le 01-09-2012.

¹⁴⁷³ Cr. Suprême Cameroun, n° 189/CC, 15-05-2003. Arrêt n° 189/CC, Affaire ANSARY TRADING COMPANY s/c ABBA LAMINE c/ SCB-CL. Disponible sur www.ohada.com, Référence OHADATA J-05-23. Consulté le 29 novembre 2012.

¹⁴⁷⁴ Conformément aux arts. 2, 10, 13 et 14 combinés du Traité OHADA (version non révisée à Québec le 17 octobre 2008).

¹⁴⁷⁵ Au-delà de nos développements précédents, de manière magistrale, Félix ONANA ETOUNDI ponctue bien la réalité lorsque traitant des difficultés liées au pourvoi mixte (art. 14.3) et de la complexité du pouvoir d'évocation de la CCJA (14.5), il écrit : « la solution retenue par la CCJA est celle de sa compétence générale à examiner l'ensemble du pourvoi avec tous ses moyens ». F. ONANA ETOUNDI, « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », Penant, n° 865, p. 486 et s.

réaction à ce qui a pu être qualifié de « siphonage progressif du contenu des compétences »¹⁴⁷⁶ des cours suprêmes nationales, il fait écho à de tristes velléités nationales d'autarcie judiciaire qui se remarquent encore somme toute de manière parcellaire. Pour s'opposer à l'élaboration d'un droit commun des contrats, des auteurs ont notamment évoqué des arguments d'opportunité c'est-à-dire qui ne font pas directement partie des questions fondamentales à régler mais qui soulèvent des interrogations plus ou moins connexes. C'est le cas de l'élargissement possible de la compétence de la CCJA de l'OHADA avec un Acte uniforme portant sur le droit des contrats civils et commerciaux. Nous avons déjà pu aborder cette question dans une partie antérieure relative aux lacunes de l'Avant-projet plus précisément à la question de l'absence de règles de compétence juridictionnelle¹⁴⁷⁷. Il s'agit en réalité d'un débat sur l'avenir institutionnel et structurel de la CCJA qui a certes sa raison d'être intrinsèque. Il doit se tenir sans servir de prétextes juridiques à des critiques décontextualisées, intentées à l'occasion de l'harmonisation du droit des contrats. Au demeurant il s'agit là, au-delà des autres questions de pure politique législative (choix législatif de l'OHADA), d'une réelle et pertinente interrogation juridique que l'on pourrait soulever par ricochet, en examinant la réforme OHADA du droit des contrats.

[595] En substance, en vertu de l'article 14 alinéa 5¹⁴⁷⁸ du Traité de l'OHADA, il est vrai que la CCJA peut évoquer sur le fond, c'est-à-dire devenir un troisième degré de juridiction et que dans cette occurrence, un droit commun des contrats augmente la compétence de la CCJA en dépouillant les cours de cassation nationales. La solution ne se trouve pas pour autant dans la suppression de cette harmonisation ou sa limitation

¹⁴⁷⁶ Expression et contexte empruntés à Philippe TIGER, Communication introductive au Colloque international de l'AA-HJF tenue à Lomé du 06 au 09 juin 2006, Penant, n° 860, p. 292.

¹⁴⁷⁷ V. notamment 1^{ère} partie/ Titre 1/ Chapitre 1/ Section 2/ Paragraphe 1/ B-

¹⁴⁷⁸ L'alinéa se lit comme suit : « En cas de cassation, elle [CCJA] évoque et statue sur le fond ».

maladroite aux seuls contrats commerciaux : la perte ainsi consacrée étant gigantesque comparée au gain escompté. Elle repose dans la refonte du système institutionnel de la CCJA et nous avons déjà en reprenant notamment le professeur Meyer¹⁴⁷⁹ mentionné le principe du renvoi préjudiciel qui a déjà fait ses preuves dans d'autres organisations africaines et européennes.

[596] Enfin, on peut utilement se poser la question avec Juvénal de qui est-ce qui gardera la gardienne¹⁴⁸⁰. Autrement dit, qui engagerait sa responsabilité en cas de mauvaise application ou interprétation de la norme par la CCJA. Pour répondre, nous avons pensé à la mise sur pied d'une Cour constitutionnelle communautaire en charge de vérifier la conformité des principes de droit OHADA mais aussi de statuer exceptionnellement sur les cas où une mauvaise interprétation a eu lieu. Les modalités de saisine et d'introduction de cette procédure auprès de cette Cour devront être précisées afin que le juge africain fort de cela, puisse bien réagir dans l'interprétation du contrat OHADA.

Paragraphe 2 : L'interprétation du contrat par le juge africain.

[597] L'Avant-projet n'est pas resté muet sur la question de l'interprétation. C'est l'article 1.5.2 qui prévoit que « les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire ». Le juge est

¹⁴⁷⁹ Pierre MEYER, « L'intervention des juridictions nationales et la Cour commune : une meilleure articulation est-elle possible? », disponible sur www.ohada.com:doctrine, consulté le 09 septembre 2012, référence OHADATA D-10-04; Aussi Pierre MEYER, « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO », Communication au colloque organisé par l'Agence intergouvernementale de la francophonie (AIF) en collaboration avec l'UEMOA (sur *La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, qui s'est déroulé à Ouagadougou du 6 au 10 octobre 2003), Paris, Éd. Giraf, 2004.

¹⁴⁸⁰ Paraphrase de JUVÉNAL dans *Satires*, VI.

ainsi par cette rédaction appelée à rechercher d'abord dans son approche interprétative, le sens du texte de l'AUDC. Ensuite, en plus, il devra se pencher sur la recherche de l'intention du législateur¹⁴⁸¹ uniforme ou l'esprit de la réforme contractuelle effectuée en identifiant et expliquant les principes généraux qui inspirent l'AUDC. Il faut dire que loin de partir du néant, cette forme de référence découle de la lettre des Principes d'UNIDROIT¹⁴⁸² qui ont pu donner lieu à une importante jurisprudence¹⁴⁸³.

[598] Le juge¹⁴⁸⁴ africain ne diffère pas fondamentalement de son homologue européen. Seul le milieu social change et appelle quelques adaptations de la fonction de juger en Afrique¹⁴⁸⁵. En effet, il est clair qu'en Afrique également, le *juge n'est pas que la bouche de la loi*¹⁴⁸⁶. C'est en partie¹⁴⁸⁷ ce que le professeur Akam Akam voulait signifier lorsqu'il écrivait, citant Saint Thomas d'Aquin, que le juge est une *duplex persona*¹⁴⁸⁸. Personne

¹⁴⁸¹ La recherche de la volonté du législateur ou du sens véritable du texte est l'équivalent d'un recours à la méthode d'interprétation finaliste. Voir à propos de la méthode d'interprétation finaliste, Barthélemy MERCADAL, Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit Commercial 2009, éd. Francis Lefebvre, 2009, n°74810 et suivants. L'équivalence des résultats est notamment l'un des facteurs permettant au juge de déterminer le sens des textes concernés. Dans la jurisprudence OHADA on peut répertorier la décision de la cour d'appel d'Abidjan qui a appliqué un tel principe d'équivalence des résultats dans une affaire de dénonciation d'une saisie-attribution alléguée hors délai par le demandeur puisqu'il a disposé d'un délai d'un mois à compter de la signification du procès-verbal de saisie conformément à l'article 160 de l'AUPSRVE. V. CA Abidjan, 5ème ch., n° 85, du 25 janvier 2004; Compagnie d'assurances COLINA c/ M. B.S, Le juris Ohada, n° 4/2005, juillet-sept. 2005, p. 40, disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, dernière consultation le 06 mars 2013, référence Ohadata J-06-23.

¹⁴⁸² Art.1.6 des PU.

¹⁴⁸³ Voir www.unilex.info, consultation le 22 novembre 2012., Référence à l'art. 1.5.2 pour des exemples de décision d'interprétation des PU.

¹⁴⁸⁴ Sur la notion même de juge, V. Georges WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575 - 586.

¹⁴⁸⁵ F. OST, M. Van de KERCHOVE et Ph. GERARD, « Fonction de juger et pouvoir judiciaire », Bruxelles, FUSL, 1983, Cité par André AKAM AKAM, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Pratique professionnelle*, p. 502.

URL: <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/pratique-professionnelle/article/la-loi-et-la-conscience-dans-l>, consulté le 22 novembre 2012.

¹⁴⁸⁶ Paraphrase de MONTESQUIEU, *Supra note 736*, p. 183.

¹⁴⁸⁷ Le propos du professeur AKAM AKAM portait essentiellement sur l'insertion dans la Constitution camerounaise notamment à l'article 37 alinéa 2 de l'idée suivant laquelle « les magistrats du siège ne relèvent dans leurs fonctions juridictionnelles que de la loi et de leur conscience ».

¹⁴⁸⁸ V. J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice; approches médiévales », in J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOURTARRIDE (Dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p. 68 et s., notamment p. 84, cité par André AKAM AKAM, *Ibid.*, p. 503, note 1725.

publique, dépositaire d'un pouvoir régalien de dire le droit conformément à la loi et personne privée, ayant son *for* interne et soumis à sa conscience¹⁴⁸⁹.

[599] Fort de cela, nous nous pencherons sur quelques cas pour apprécier comment le juge OHADA réussit à dire le droit conformément à la Loi tout en régulant les phénomènes sociaux propres au contexte africain.

A- Aperçu de quelques interventions des juges OHADA

[600] Il y a eu des interprétations critiquables de certains Actes uniformes mais en même temps, nous avons assisté à de nombreux cas où les juges nationaux OHADA et les juges CCJA¹⁴⁹⁰ se sont illustrés en interprétant judicieusement des contrats sous l'angle surtout de l'AUDCG, de l'AUSCGIE ou de l'AUPSRVE. Il serait prétentieux de penser pouvoir rendre compte dans ces lignes de tous les cas où des erreurs de référence se sont produites en droit OHADA. Nous avons délibérément limité nos exemples aux Actes uniformes précités¹⁴⁹¹ quoiqu'à cet égard toutes les décisions n'aient manifestement pas été retenues.

¹⁴⁸⁹ Une *conscientia judicialis* (conscience professionnelle) et une *conscientia humana* (conscience individuelle ou morale). C'est cette conscience individuelle du juge qui devrait prendre en compte les données sociologiques, économiques et autres facteurs importants à la manifestation de la justice dans le dossier à lui soumis

¹⁴⁹⁰ Ces derniers se sont illustrés avec des interprétations judicieuses et louables. C'est notamment le cas du prononcé d'une décision de non cumul de l'indemnité d'éviction avec le remboursement du montant des investissements réalisés sur le local loué. La règle du cumul ne saurait découler de l'application des articles 94 alinéa 2 et 99 alinéa 1 et l'arrêt d'une Cour qui retient ce qui précède doit être cassé. CCJA, n° 017/2006, 26-10-2006: SONATEL c/ Sté d'Exploitation de la clinique SOKHNA FATMA; Recueil de Jurisprudence N° 8 / 2006, p. 52.- Le Juris Ohada n° 1/2007, p. 4, www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, référence Ohadata J-08-102.

¹⁴⁹¹ Le choix est critiquable mais il se justifie par deux facteurs; le premier est qu'il s'agit des Actes uniformes ayant donné lieu à une foisonnante jurisprudence au niveau de la CCJA et le second facteur est que ces Actes uniformes choisis et en vigueur sont ceux ayant le plus de lien avec les contrats dans l'espace OHADA à notre sens. AUDCG; AUSCGIE; AUPSRVE.

[601] Il n'est pas très pertinent aussi de développer au sujet des références erronées faites au Traité OHADA¹⁴⁹² en général en lieu et place d'un Acte uniforme spécifique¹⁴⁹³. Ceci dit, les erreurs d'interprétation en matière contractuelle sont difficiles à retracer d'autant plus qu'il n'existe pas encore d'AUDC en vigueur.

[602] Concernant les autres Actes uniformes¹⁴⁹⁴, les juges se sont parfois mal illustrés et la doctrine l'a largement relevé¹⁴⁹⁵. On a pu assister par exemple à une interprétation *a contrario* de l'article 28 de l'AUPSRVE qui ne voulait strictement rien dire avec le fond du texte¹⁴⁹⁶. Des interprétations erronées de clauses d'attribution de compétence en clauses compromissoires¹⁴⁹⁷, ont également permis de retenir la compétence de tribunaux de l'espace OHADA au détriment de droit interne choisi par les parties. Dans le cas précédent on se rend compte de comment une mauvaise interprétation peut complètement édulcorer la volonté des parties. Heureusement qu'en matière contractuelle, il existe aussi des interprétations judicieuses des juges OHADA. La tendance des juges OHADA est celle de la recherche du maintien ou du rétablissement de l'équilibre contractuel selon les cas. Ce besoin culturellement justifié s'associe à une volonté d'amélioration judiciaire de la sécurité juridique dans l'espace OHADA.

¹⁴⁹² TGI Ouagadougou, n° 779, 13-09-2000. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, OHADATA J-03-95, obs. Joseph ISSA SAYEGH. TPI Niamey, n° 027, 20-01-1999. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, OHADATA J-04-74.

¹⁴⁹³ V. Jimmy Mahutodji Vital KODO, *L'application des Actes uniformes de l'OHADA*, P.U.R., Louvain, Académia, Bruylant, 2010, p. 97, note 8 pour plus d'une demi-dizaine de décisions ayant invoqué le Traité en lieu et place de l'AUSCGIE ; note 9 pour l'AUDCG ; notes 10 et 11 pour l'AUPSRVE. L'auteur consacre les pages 99 à 107 de l'ouvrage à d'autres types d'erreurs matérielles, de confusions et omissions.

¹⁴⁹⁴ Articles 4 et 15 de l'AUPSRVE respectivement dans CA Littoral, n° 011/CC, 24-10-2003. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, OHADATA J-024-222, obs. J. ISSA-SAYEGH et CA Abidjan, 1^{ère} ch. civ. & com., n 310, 16-03-2001. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, OHADATA J-02-115, obs. J. ISSA-SAYEGH.

¹⁴⁹⁵ Jimmy Mahutodji Vital KODO, *Ibid.*, pp. 118 - 120 ainsi que les notes 78 et suivantes.

¹⁴⁹⁶ Ainsi fut-il jugé qu' « en matière de créance hypothécaire, un raisonnement *a contrario* de l'article 28, alinéa 2 [...] nous permet d'affirmer que la saisie doit concerner d'abord l'hypothèque, c'est-à-dire la réalisation du gage », dans Jimmy Mahutodji Vital KODO, *Ibid.*, p. 118, note 75.

¹⁴⁹⁷ CA Dakar, n° 282, 23-06-2000. Disponible sur www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 27 novembre 2012, OHADATA J-03-163, obs. Ndiaw DIOUF.

[603] Dans une espèce¹⁴⁹⁸ mettant en présence un centre hospitalier, société étatique et une entreprise, le juge national confirmé en appel¹⁴⁹⁹, est intervenu pour permettre le rétablissement de l'équilibre contractuel par une interprétation judiciaire et appropriée d'une règle nationale et de l'AUDCG¹⁵⁰⁰. En effet, le défendeur invoquait une disposition de droit interne du Burkina Faso¹⁵⁰¹ qui enlevait au demandeur¹⁵⁰² ainsi que qu'à lui-même toute qualité dans la conclusion du contrat d'achat à l'origine, qui aurait dû selon lui suivre un processus équivalent aux offres publiques¹⁵⁰³. Il souhaitait ne pas donner effet à ses obligations contractuelles notamment le paiement du prix de vente de réfrigérateurs. Le juge interpréta clairement tous les textes invoqués et précisa qu'il :

« faut admettre que les institutions de l'État et leurs agents ne peuvent faire supporter les conséquences de leurs actes dommageables aux usagers et fournisseurs; [...]. Les défaillances résultant du fonctionnement du service public ne peuvent être opposables aux fournisseurs ».

[604] Il est clair que dans un contrat entre l'administration public et un particulier il n'y a pas toujours un équilibre des forces et une équité contractuelle. Cette décision a le mérite de concilier non seulement droit national et règle OHADA mais elle rétablit une justice contractuelle perdue par la puissance économique des parties¹⁵⁰⁴, veille au renforcement de

¹⁴⁹⁸ Commande de réfrigérateurs par un centre hospitalier public, livrée le 17 juin 1999. Défaut de paiement jusqu'en novembre 2002. Tribunal de Grande instance de Bobo-Dioulasso.

¹⁴⁹⁹ Cour d'Appel de Bobo Dioulasso, Référence : 2004 cab 96 (JB) en date du 17-05-2004. Disponible sur www.juriburkina.org, dernière consultation le 19 février 2013.

¹⁵⁰⁰ Art. 274 AUDCG.

¹⁵⁰¹ Article 32 de la Loi n° 50/98/AN portant Loi de finances pour l'exécution du budget année 1999 de l'État burkinabè.

¹⁵⁰² Il invoquait que la société plaignante n'avait pas la personnalité juridique et donc pas qualité à agir contrairement à la stipulation de l'art. 149 du C.pr.c. du Burkina.

¹⁵⁰³ Les actes [...] susceptibles d'avoir des répercussions sur les finances de l'État sont soumis à une procédure particulière nécessitant le visa du contrôleur financier; visa sans lequel les actes n'engageraient pas la responsabilité de l'État.

¹⁵⁰⁴ Les entreprises étatiques sont souvent toutes puissantes en Afrique.

la sécurité des transactions librement conclues en protégeant l'investisseur¹⁵⁰⁵. Les règles contractuelles d'interprétation en Afrique et les juges ne sauraient mieux réussir cet arrimage nécessaire.

[605] Dans une autre décision de la CCJA, interprétant la question de l'exécution forcée sur les personnes jouissant de l'immunité d'exécution, on peut se rendre compte de comment les juges peuvent contredire l'esprit d'un texte en s'attachant de façon lacunaire à sa stricte lettre. En effet, dans la décision Aziablévi Yovo c/ Société Togo Télécom¹⁵⁰⁶, la Cour a simplement retenu que les bénéficiaires de l'immunité d'exécution¹⁵⁰⁷ sont les personnes morales de droit public sans distinguer du cas où elles effectuent des actes de commerce, celui où elles n'accomplissent pas une mission de service public¹⁵⁰⁸. Ce faisant, elle reconnaît ce droit à l'immunité d'exécution aux personnes morales de droit public *stricto sensu* mais aussi aux entreprises publiques largement considérées. Par là même, dans l'exercice de sa mission d'interprétation du Traité et des Actes uniformes, les juges de la CCJA adoptent une interprétation littérale au détriment de celle téléologique qui nous semble plus appropriée au contexte africain en général et particulier de cette espèce de surcroît. Comme le soulignait M. Pierre Etienne Kenfack¹⁵⁰⁹, les juges ont erré dans leur interprétation ici parce que mettre à l'abri de toute mesure d'exécution forcée un débiteur

¹⁵⁰⁵ Il est cependant vrai que l'immunité d'exécution est une réalité qui continue de protéger parfois à tort les instances publiques grâce à l'article 30 de l'AUPSRVE.

¹⁵⁰⁶ CCJA, Arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/ Société Togo Télécom. Dans les faits, la Société Togo Télécom devait après décision définitive un montant au sieur Aziablévi et consors. Ces derniers ont finalement opéré saisie sur les créances de la société qui a invoqué l'immunité d'exécution en tant que personnes morales de droit public. La CCJA y a fait droit.

¹⁵⁰⁷ À distinguer de l'insaisissabilité. L'immunité d'exécution n'existe que si elle est prévue par un texte. Elle interdit toute mesure de contrainte contre le débiteur alors que l'insaisissabilité empêche seulement le créancier d'aller jusqu'au bout. V. CCJA, arrêt n° 011/2006 du 29 juin 2006, Rec. n° 07, Janv. - juin 2006, pp. 66 et s.; AMSELEK, « Les personnes public sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », J.C.P. 1986, I, 3236, cité par Pierre Etienne KENFACK, Commentaire de l'arrêt Aziablévi Yovo c/ Société Togo Télécom précité, dans P.-G. POUGOUÉ et S. S. KUATE TAMEGHE (Dir.), *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, Op. cit., p. 611 à 619, spéc. p. 613.

¹⁵⁰⁸ Cette distinction a cours depuis un vieil arrêt rendu en France (Req. 19 février 1929, D. 1929, 1^{ère} partie, p. 73, note R. SAVATIER; arrêt utilisable en vertu de la règle de la succession d'État par la plupart des anciennes colonies et pupilles de la France).

¹⁵⁰⁹ Pierre Étienne KENFACK, *Ibid.*, p. 617 et 618.

ne contribue en rien à pérenniser les transactions et va plutôt à l'encontre de la sécurité juridique. Une meilleure lecture de la texture socio-économique du droit OHADA devrait conduire le juge de l'espace OHADA à cerner l'importance de son rôle de jurislatureur.

B- Plaidoyer pour une consécration plus « engagée » du rôle du juge africain

[606] Dans le prolongement du paragraphe précédent, nous sommes convaincus que le juge africain de demain doit donc être à la fois la bouche de la Loi¹⁵¹⁰, le reflet de sa conscience¹⁵¹¹, un opérateur économique et un décideur juridique capable de mobiliser, pour les besoins de sa décision, le droit, l'économie, la sociologie, l'anthropologie, la comptabilité, la finance, les techniques de l'organisation et de l'informatique¹⁵¹². Ce n'est qu'ainsi et non par pur syllogisme juridique ou interprétation simplement littérale que le droit pourra mieux s'adapter et encadrer le marché.

[607] Le juge doit pour ce faire, connaître sans faille aucune, la Loi qu'il est censé appliquer. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » s'applique en premier à lui¹⁵¹³ et pour cause ! Cette nécessité ne date pas d'aujourd'hui puisque depuis très longtemps, la connaissance des faits et du droit par le juge était un élément déterminant de sa capacité à rendre la justice. En remontant le temps, on se rend compte qu'en Afrique, le juge

¹⁵¹⁰ Entendu dans le sens d'une application et une interprétation du cas basé sur les textes de loi principalement suivant le libellé de l'article 1.5.2 de l'AUDC.

¹⁵¹¹ Conçu comme une prise en compte nécessaire des valeurs sociales, morales, culturelles et culturelles, etc. de l'Afrique pour décider en évitant de rester à la lettre de la Loi.

¹⁵¹² Paraphrase de Pierre DRAI, « Le monde des affaires et ses juges », Revue de jurisprudence commerciale, 1990, Doctrine, p. 329 à 335, spéc. p. 331.

¹⁵¹³ André AKAM AKAM, « Libres propos sur l'adage Nul n'est censé ignorer la loi », RRJ 2007, n° 3, p. 30 et s.

connaissait le cas, les antécédents entre les parties de même que les règles devant régir la procédure (coutumes, pratiques procédurales, ordalies¹⁵¹⁴, etc.) mieux que toute personne.

« The judge was not a remote member of an official order, but the man in the next hut. The English fiction of judicial ignorance would have been severely strained in African customary processes. Not only did the local judge or arbitrator often know most, if not all, of the facts of a dispute before ever it came officially to his notice, but he would also probably be aware of the previous history of the relationship between the contestants; [...]. Equally it would be much more difficult for the litigant to pull the wool over the eyes of a court consisting of his neighbours who knew him well. The gap between legal truth and actual fact was thus diminished. Rules of evidence were less formalistic and restrictive than those of English law or those of Islamic law. »¹⁵¹⁵.

[608] Les juges des temps ancestraux respectaient cette condition et il est impérieux que de nos jours la formation des juges soit non seulement théorique mais pratique, minutieuse et spécialisée par la suite. La compétence académique, juridique est un élément déterminant de leur capacité de reddition efficace de la justice. La confiance des justiciables en dépend et cette confiance individuelle est un gage de sécurité du système. En effet, comment voulez-vous que pour un dossier de propriété intellectuelle portant sur des inventions brevetées et cotées en bourse par le biais d'une société ayant fait l'objet d'un montage financier extrêmement complexe, le justiciable soit confiant que son litige, portant sur des enjeux de plusieurs milliards de dollars, atterrisse sur la table d'un juge

¹⁵¹⁴ Les ordalies sont à distinguer des serments imprécatoires, prêtés sur la foi d'un objet sacré (autel, lance, trône, terre, masque, etc.) et qui n'exposent pas l'accusé ou la victime ou son représentant (parfois un animal ou un objet...) à la mort ou de cruelles souffrances, mais laissent aux dieux le soin de le punir à sa convenance. Les ordalies à l'opposé, sont souvent des épreuves (par le feu, l'eau, l'huile bouillante, le poison, les reptiles dangereux, etc.) destinées à exposer celui qui les passe à des souffrances advenant sa culpabilité selon celui qui la lui fait subir. Les serments imprécatoires rejoignent les ordalies dans le temps puisqu'en général, elles atteignent le même résultat. En effet, le charlatan, le *shaman*, le sorcier, le prêtre *vodoun*, etc. administrera la sentence (châtiment ou relâche) selon sa conviction ou celle à lui délivrée par mode divinatoire, à la suite du serment prêté devant la divinité qu'il représente ou dont il est le gardien. Voir pour quelques détails, R. VERDIER, *op. cit.*, p. 114. L'approche est critiquable mais à notre avis, elle n'est, toute proportion gardée et sous toutes réserves, rien de moins que la contemporaine « intime conviction » du juge qui en absence de preuves ou dans le doute, s'abstient en relaxant l'accusé. Même dans les ordalies, le doute profitait à l'accusé qui en échappait.

¹⁵¹⁵ Anthony ALLOT, *African Law*, dans DERETT J. D. M. (Eds.) *Introduction to legal systems*, London, Sweet & Maxwell, 1968, p. 137, cité par MENSKI, *Op. cit.*, p. 437.

commercial qui n'a jamais fait de droit boursier, qui connaît à peine le droit des brevets et qui ne saura comment la société a pu être montée qu'après consultation d'experts externes.

[609] Il urge donc qu'il soit instituée une école unique de formation non pas continue mais également initiale¹⁵¹⁶ des magistrats¹⁵¹⁷ des régions communautaires concernées. De préférence soumis au même processus de sélection par une instance communautaire et sans quotas nationaux, avec comme unique critère la compétence dans les matières régies par l'OHADA et les droits communautaires régionaux, l'impartialité et l'indépendance couplées du souci de développement économique du continent, ces juges communautaires pourront mieux prendre à cœur leur rôle et gagner la place qui leur revient de droit dans la construction d'un droit communautaire efficace pour un essor économique. Il n'est pas question de mettre fin à toute formation de magistrats nationaux. Notre idée est celle de création d'une instance communautaire panafricaine de formation des juges communautaires qui seraient envoyés dans les États-parties pour régler les questions de droit OHADA et droits communautaires régionaux. Il va de soi que de préférence aucun juge ne siègera dans son Etat d'origine. Cet organe serait investi d'un rôle régulateur et de sanction à l'égard de ces juges communautaires. Il est évident que la faisabilité de cette proposition à court terme est réduite mais elle a le mérite de pouvoir proposer une alternative viable à la lutte contre la corruption¹⁵¹⁸ qui est le mal cancérogène de la justice en Afrique malgré l'avènement de l'OHADA.

¹⁵¹⁶ La formation continue ou formation de perfectionnement, ou formation d'appoint fait partie des objectifs actuels assignés à l'ERSUMA. La formation initiale qui dure plus et est plus de base, est exclue à l'heure actuelle de ses missions. Minimalement et à court terme, il faudrait qu'en association avec les écoles de magistrature des pays membres de l'espace OHADA, des dispositions soient prises pour inclure des sessions communes de formations des jeunes magistrats des États-parties au siège de l'ERSUMA.

¹⁵¹⁷ En réalité, l'École n'est pas uniquement destinée aux magistrats mais à tout membre d'une profession judiciaire. Le volet recherche également est sciemment occultée ici mais il est très important.

¹⁵¹⁸ Thorsten VOGL, « La lutte contre la corruption. Condition essentielle pour la réussite de l'OHADA », Penant, n° 867, pp. 206-214.

[610] Relevons au passage, l'excellent accomplissement de l'ERSUMA¹⁵¹⁹ qui pousse hors des sentiers battus la formation des acteurs juridiques et judiciaires de l'espace OHADA y compris les juges. Elle permet une meilleure circonscription du rôle de cet acteur clé qu'est le juge africain. Les obligations déontologiques¹⁵²⁰ doivent être intégrées plus clairement dans les programmes de l'ERSUMA et de cette entité future.

[611] Le juge africain doit se savoir investi d'une mission salvatrice du contrat chaque fois que celle-ci est possible et peut se faire dans des délais raisonnables¹⁵²¹ au regard du rôle de véhicule des transactions commerciales que joue le contrat.

[612] Le sauvetage du contrat ne devra cependant pas se faire au détriment de la sécurité juridique, de la prévisibilité juridique, de la stabilité contractuelle et de l'efficacité économique. Il ne devrait pas non plus conduire à une déviance similaire à la méfiance qui existait à l'égard des tribunaux nationaux¹⁵²². Cette méfiance se justifiait par le parti pris des juges au profit d'une partie ou souvent une recherche de l'avantage qu'il pourrait tirer du dossier. Des considérations similaires peuvent se comprendre en fonction de la nature

¹⁵¹⁹ L'ERSUMA a également à son laurier l'effort de rapprochement des Directions générales des Écoles nationales d'administration et de magistrature (ENAM) des États-parties de l'OHADA. Ce rapprochement est salubre en ce sens qu'il permettra en bout de ligne de procéder tout au moins à l'insertion de modules OHADA et de droit communautaire dans les programmes des Écoles.

¹⁵²⁰ Sur la déontologie et l'éthique du juge, V. Denis SALAS et Harold EPINEUSE (Dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Dalloz, 2003, 218 pp. ou Guy CANIVET et Julie JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2004 avec une définition de la déontologie à la p. 7 ou encore Joël MORET-BAILLY, *Vers un code de déontologie pour les magistrats ?* Mission de recherche Droit et Justice, Nov. 2002.

Sur la même question mais relativement aux avocats, Benoît MOORE, Catherine PICHE et Marie-Claude RIGAUD (Dir.), *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, 251 pages ou encore Benoît CHAPPUIS, « Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récente », dans Pascal PICHONNAZ et Franz WERRO (Eds.), *La pratique contractuelle* 3, Editions romandes Schulthess, 2012, p. 69-104 ; Mario STASI, « L'indépendance des avocats », dans Emmanuel DECAUX (Dir.), *Justice et droits de l'Homme*, Actes du 28^{ème} Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises, 637 pp, spéc. p. 173-180.

Sur les obligations éthiques ou déontologiques par extension de l'arbitre, V. Guy KEUTGEN (Dir.), *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, Décembre 2011, non consulté.

¹⁵²¹ Eric MONTCHO, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, Inédit, 2010.

¹⁵²² G. KEUTGEN, « L'arbitrage et la mondialisation du commerce », RDIDC, 2010, n° 2, p. 223.

du litige qui requiert la prise en compte des intérêts africains assimilables par caricature à un avantage donné aux nationaux qui en sport s'appellerait « l'avantage du terrain »¹⁵²³.

[613] Une nécessaire ouverture à l'innovation juridique doit se constater dans les décisions du juge africain qui, tout en respectant et mettant de l'avant les principes phares du droit des contrats, doit adapter le contrat africain aux spécificités africaines, chaque fois que la jurisprudence internationale, communautaire ou interne ne sera pas en adéquation avec les réalités africaines.

[614] Le juge africain devrait entrevoir sa fonction de sorte que ses « Attendu » soient par la suite consacrés comme représentant l'évolution du droit sur les questions tranchées. On a pu le constater dans le temps avec les positions des juges sur la polygamie¹⁵²⁴, qui ont par la suite été consacrées dans les codes des personnes et de la famille des États africains. Cette évolution doit se faire en gardant à l'esprit que le continent africain est en pleine crise de croissance et recherche les voies et moyens pour son développement économique.

¹⁵²³ P. TERCIER, « Rôles et défis de l'arbitrage institutionnel », dans Bénédicte FAUVARQUE-CAUSSON (Dir.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Société de législation comparée, 2008, p. 16, spéc. p. 17.

¹⁵²⁴ Au Cameroun, au Bénin, au Togo, au Burkina Faso, la monogamie fut retenue comme règle dans les nouvelles codifications du droit de la famille à la suite de l'œuvre réformatrice des juges.

CHAPITRE 2 : La consolidation par confrontation du futur AUDC aux expériences étrangères

« Comparaison n'est pas raison »¹⁵²⁵.

[615] Et pourtant nous avons choisi dans un premier temps de procéder à une comparaison entre l'OHADA et l'Union européenne. Dans un second temps, nous continuerons toujours avec l'analyse comparative en jetant un regard transatlantique sur l'expérience canadienne à la lumière du cas de l'OHADA. Vouloir effectuer une comparaison entre l'Union européenne et l'OHADA laisse entrevoir pour de nombreux juristes africains un *a priori* défavorable pour l'OHADA. En effet, on s'attend à ce que l'Union européenne serve de modèle à l'OHADA. Pour une fois, ce n'est pas le cas car en matière d'harmonisation du droit des contrats c'est le contraire qui se produit.

[616] La réalité est qu'après avoir essayé de comprendre et intégrer la dynamique des fondateurs de l'Union européenne actuelle (**Section 1**), nous nous sommes rendus à l'évidence que l'OHADA avait sur cette question du droit des contrats, plus d'acquis que son homologue européen. Il devenait clair une fois cette dynamique comprise et intégrée, que c'est plutôt l'UE qui devrait s'inspirer de l'OHADA. Cette analyse n'empêche tout de même pas de relever que l'Organisation africaine a toujours quelques leçons à tirer de ce

¹⁵²⁵ Diction français du 13^{ième} siècle cité par Janus GRUTER, *Florilegium* en 1610. Les développements ci-après sont faits en ayant conscience qu'une comparaison n'est pas une preuve de la vérité. Elle est faite par un observateur qui n'est pas un agent neutre car il doit présupposer des différences et construire la comparaison. L'observateur en fonction de ses présuppositions atténue ou exacerbe ses différences. Voir aussi Louise ROLLAND, « Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : variations et mutations », R.J.T., 2002, Vol. 36, p. 587 pour quelques observations pertinentes à cet égard.

constat et c'est là son intérêt. L'analyse nous autorise donc à proposer quelques pistes de concrétisation des actions pour un droit africain des contrats bijuridique (**Section 2**).

Section 1 : Les leçons de l'OHADA pour les projets de construction d'un droit européen des contrats

[617] L'hypothèse de départ était somme toute, simple à ce niveau. Les expériences d'harmonisation préexistantes à l'OHADA devraient toutes être des modèles. Ce n'est en réalité pas le cas avec l'Union européenne, du moins en matière contractuelle.

[618] Pour opérer un tel constat, nous avons commencé en cherchant à comprendre et intégrer afin de faire assimiler à l'OHADA la dynamique d'intégration au sein de l'Union européenne (**Paragraphe 1^{er}**). Ce n'est qu'une fois cette intégration faite, que nous nous sommes rendus compte qu'en matière contractuelle, ce n'était pas en réalité l'Union qui constituait le modèle mais plutôt l'OHADA. D'où les développements pour démontrer l'effectivité du dépassement de la dynamique européenne par l'OHADA en matière contractuelle (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1: L'intégration de la dynamique européenne par l'OHADA

[619] Avant de pouvoir prétendre s'inspirer de la réalité européenne pour améliorer le processus en cours dans le cadre de l'OHADA, il faut au préalable bien comprendre comment elle a évolué, du moins pour ce qui est de la construction d'un marché communautaire unifié. Il faut pouvoir cerner pourquoi en commençant par une intégration

économique, elle n'a pas eu d'autre choix que d'échouer sur un besoin impérieux d'harmonisation juridique¹⁵²⁶ (A-). Ensuite, nous nous devons de revenir au processus d'harmonisation du droit des contrats pour relever les difficultés rencontrées par l'Union européenne dans sa quête d'harmonisation juridique visant à parfaire son intégration économique (B-). Ce sont ces difficultés, limites et autres entraves qui permettent de comprendre que l'OHADA a déjà plusieurs longueurs d'avance et est plutôt le modèle à suivre par l'Union européenne.

A- La dynamique d'harmonisation européenne du droit des contrats pour un marché unique

[620] Depuis l'origine¹⁵²⁷, avec la Communauté économique du charbon et de l'acier (CECA¹⁵²⁸) qui se substitua en deux entités¹⁵²⁹ que sont la Communauté Économique Européenne (CEE¹⁵³⁰) et la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique (CEEA),

¹⁵²⁶ Exactement comme l'avait prédit le Doyen Roger HOUIN, l'unité économique du Marché Commun impliquera, un jour ou l'autre, son unité juridique. Roger HOUIN, « Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations », dans *Études juridiques à Léon JULLIOT De La Maurandière*, Dalloz, 1964, p. 227.

¹⁵²⁷ À la suite de la seconde guerre mondiale, les États naguère rivaux ont compris l'importance de s'allier économiquement pour éviter les guerres dévastatrices. La Déclaration du 09 mai 1950 de Robert Schuman préconise la mise en commun des intérêts économiques en créant « *des solidarités de fait* » afin que, progressivement et par un effet d'entraînement, cette politique des petits pas débouche sur une union économique. Voy. Notamment : F. HERVOUET (dir.), *Démarche communautaire et construction européenne*, Colloque CEDECE de Poitiers, Doc. Fr., 2002 ; Le marché commun, Rev. éco. Politique, n° spécial, mars 1958 ; J. TIMBERGEN, *International economic integration*, Elsevier, Amsterdam, 1965.

¹⁵²⁸ La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) a été instituée par la Convention de Paris du 18 Avril 1951 en un marché commun du Charbon et de l'Acier entre six États de l'Europe de l'Ouest. Il s'agit de la France, de l'Allemagne, de l'Italie et du Benelux (Belgique, Nederland, Luxembourg). Conclue pour une durée de cinquante ans, elle a disparu en juillet 2002.

¹⁵²⁹ Le 25 mars 1957 sont été signés à Rome, entre les États membres de la CECA, deux traités portant création de deux nouvelles communautés : la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique (CEEA ou EUROTOM) et de la Communauté Économique Européenne (CEE).

¹⁵³⁰ Organisation supranationale créée en 1957, la CEE visait une intégration économique avec la création d'un marché unique comprenant l'Allemagne, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Elle fut plus tard élargie à 12 États. Source Wikipedia : http://fr.wikipedia.org/wiki/Communaut%C3%A9_%C3%A9conomique_europ%C3%A9enne, consulté le 02 décembre 2012.

l'objectif des initiateurs de l'actuelle Union européenne a toujours été la réalisation d'un marché intérieur unique et efficient en Europe¹⁵³¹.

[621] Comme ont pu l'affirmer assez clairement Christian Hen et Jacques Léonard, en Europe, à l'origine, c'est avant toute chose « l'idée de créer un grand marché qui a prévalu en raison de tous les avantages techniques et financiers attachés à une telle réalisation... »¹⁵³². Cette idée de construction d'un seul ensemble économique - et politique dans une certaine mesure - peut historiquement être rattachée à des courants de philosophes et historiens antiques. Ce sont donc d'abord ces érudits et rhéteurs d'antan qui ont véhiculé ces idées politiques, reprises par la suite par les dirigeants européens contemporains. Comme soutien historique à cette affirmation, nous relevons que depuis 1306, Dante¹⁵³³, dans *La Divine Comédie* considérait que « le seul moyen de construire l'Europe était d'avoir un souverain au-dessus des autres souverains ».

[622] Dans une schématisation à outrance¹⁵³⁴ de l'évolution de l'U.E., il est important que nous rappelions que trois piliers fondamentaux¹⁵³⁵ servaient de balise¹⁵³⁶ pour les

¹⁵³¹ En Afrique, avec l'OHADA mais dans le sens contraire, l'œuvre d'uniformisation juridique entreprise participe aussi à la construction d'un marché communautaire africain devant en définitive servir l'intégration économique et la croissance économique. Les propos du « père fondateur » le juge Kéba MBAYE sont assez illustrateurs de cette réalité : « L'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration juridique et la croissance ».

¹⁵³² Christian HEN et Jacques LÉONARD, *L'Union Européenne*, La découverte, 2005, p. 12 et s., spéc. p. 13.

¹⁵³³ Dante Alighieri (*Durante degli Alighieri*) est un poète, homme politique et écrivain italien né le 29 mai 1265 à Florence et mort le 14 septembre 1321 à Ravenne. Premier grand poète de langue italienne, son livre la [Divine Comédie](#) est considéré comme l'un des chefs-d'œuvre de la littérature. Source Wikipédia : http://fr.wikipedia.org/wiki/Dante_Alighieri, consulté le 03décembre 2012.

¹⁵³⁴ Pour une présentation plus claire reprenant les différents traités, Voir Koen LENAERTS and Piet Van NUFFEL, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, 3rd ed., 2011, n° 1-002 et s. ; ou P. S. R. F. MATHIJSEN, *A Guide to European Union Law as Amended by the Treaty of Lisbon*, 10th ed., Sweet and Maxwell, 2010, p. 4 et s. Ou encore une autre synthèse dans Nigel FOSTER, *Foster on E.U. Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2011.

¹⁵³⁵ La structure en pilier apparaît officiellement après le 07 février 1992 suite à un compromis durant le Traité de Maastricht. Le compromis a permis de transiger entre coopération (Royaume-Uni - Irlande, ... et fédération (Allemagne - Italie - France, ...) qui plus tard est devenue intégration. La fédération implique une perte de compétence et de souveraineté étatique au profit d'une entité suprême alors que la coopération non. Elle se matérialise souvent par un vote à la majorité alors que la coopération requiert très souvent l'unanimité. Les idées de cette partie sont tirées de la communication de François HERVOUET, « L'influence de la structure en piliers et la portée de l'effacement annoncé de cette structure »,

concepteurs de l'U.E à l'origine¹⁵³⁷. L'objectif était clairement la liberté de mouvement des personnes, des biens, des services et du capital¹⁵³⁸ au sein de l'espace économique de la Communauté. Ainsi, il y avait l'idée d'absence de frontières, d'un seul marché et une seule monnaie depuis le Traité de Bruxelles¹⁵³⁹ en 1948 jusqu'à celui de Lisbonne (auquel nous référerons dans cette partie comme le "Traité")¹⁵⁴⁰ en 2009 en passant par de nombreuses modifications et consolidations¹⁵⁴¹ effectuées dans d'autres traités¹⁵⁴².

[623] En Afrique, plutôt que l'OHADA c'est à strictement parler l'UEMOA¹⁵⁴³ qui agit au fond comme organisation d'intégration économique et juridique¹⁵⁴⁴. Cette volonté de

Communication à l'université d'été du CERCOP Montpellier (Centre d'Études et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques) sur le thème "Méthodes de construction européenne et constitutionnalisation de l'Union", Inédit, 2009.

¹⁵³⁶ Depuis le Traité de Maastricht, l'Union européenne repose sur trois piliers ayant des degrés différents devant tous mener à une « communautarisation » (surtout pour le 2^{ème} et 3^{ème} piliers de coopération). On a des politiques « *intégrées* » pour lesquelles les décisions sont prises par les institutions communautaires. Ce premier (1^{er}) pilier : les communautés européennes, supranational, est relatif aux politiques intégrées (politique agricole commune, union douanière, marché intérieur, euro, etc.).

2^{ème} pilier : des politiques partagées entre l'Union européenne et les États (la santé publique, les réseaux transeuropéens ...). Et enfin un 3^e pilier : des « *politiques intergouvernementales* », comme la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ainsi que la coopération policière et judiciaire en matière pénale, pour lesquelles les États membres conservent leur souveraineté.

Pour chacune de ces politiques, les modes de décision sont différents : le Parlement européen est simplement consulté pour la PESC, la politique fiscale, l'Union monétaire et sur la plupart des directives agricoles mais dispose du pouvoir d'arrêter le budget européen ; l'unanimité des voix est requise au Conseil de l'Union européenne pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale, mais la majorité suffit pour la libre circulation des marchandises. Tiré de www.wikipedia.org, consulté le 25 août 2012.

¹⁵³⁷ Depuis le Traité de Lisbonne, les piliers sont considérés comme supprimés et l'UE est considérée comme ayant la personnalité juridique conformément à l'article 47 du Traité de Lisbonne.

¹⁵³⁸ Aucune frontière ne devait exister pour la circulation des personnes, biens et services.

¹⁵³⁹ Traité de Bruxelles en 1948, ... qui dura trois ou quatre ans.

¹⁵⁴⁰ Traité de Lisbonne, 2009. Sur le contenu de ce Traité en parallèle avec l'évolution y ayant conduit, V. M. DOUGAN, « The Treaty of Lisbon : Winning Minds, not Hearts », CMLRev. Vol. 45, 2008, pp. 607 - 703, cité par Jacobien W. RUTGERS, « European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument », Chapitre 13 dans Arthur HARTKAMP et al., *Towards a European Civil Code*, 4th rev. ed., Wolters Kluwer, 2012, p. 313, note 17.

¹⁵⁴¹ Nous avons principalement eu le Traité consolidé sur l'Union européenne (TCUE, OJ 2008, C 115/13 ff) et le Traité consolidé sur le fonctionnement de l'Union européenne (TCFUE OJ 2008, C 115/47 ff).

¹⁵⁴² Traité de Paris, 1951-1952 ; Traité de Rome, 1957 ; Traité de fusion, 1965-1967; Traité de Schengen en 1985; Traité de Maastricht ; Traité d'Amsterdam, 1997-1999 ; Traité de Nice, 2001-2003.

¹⁵⁴³ Qualifiée de «*veille entreprise neuve* », elle fait cependant figure d'exception comparée à tous les regroupements mort-nés de même finalité qui ont pu éclore dans l'espace OHADA. On peut citer à cet égard le Conseil de l'Entente (30 mai 1959), l'Union Douanière de l'Afrique de l'Ouest : UDAO (1959-1966), l'Union Douanière des États de l'Afrique de l'Ouest : UDEAO (1966-1973), la Communauté Économique de

construction d'un marché unifié au sein de l'UEMOA n'est pas sans rappeler le mouvement d'intégration économique de l'Union européenne. Il est évident que l'OHADA accompagne le processus économique par un cadre juridique approprié. L'UEMOA s'est largement inspirée du système réussi de l'UE¹⁵⁴⁵. La ressemblance est tant institutionnelle¹⁵⁴⁶ que matérielle. Du point de vue matériel, les deux communautés ont pour objectif la création d'un marché commun basé sur une union économique et

l'Afrique de l'Ouest : CEAO (1966-1994), la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest : CEDEAO (1975). Voy. E. CEREXHE et L. le HARDY de BEAULIEU, « Introduction à l'Union économique ouest africaine », publ. CEEL, Ed. De Boeck, 1997, pp. 16 et s. ; Luc M. IBRIGA, « L'UEMOA, une nouvelle approche de l'intégration économique régionale en Afrique de l'ouest », *Annuaire africain de droit international*, Vol. 6, 1998, pp. 23-64. Pour des détails, Voir D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Actes du colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999, Publication du CEEL, p. 157 s.

¹⁵⁴⁴ L'intégration juridique menée par l'UEMOA se trouve cependant de plus en plus, et selon le mot de J. ISSA-SAYEGH, « en concours voir en concurrence avec celui d'autres organisations internationales chargées de la même mission dans les mêmes domaines juridiques » Il s'agit de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance (CIMA), de la Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale (CIPRES), de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) et de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). Pour ce qui est du conflit de normes entre l'UEMOA et l'OHADA voir D. B. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », *op. cit.*, p. 157 s; pour le conflit de normes entre l'UEMOA et la CEDEAO voir L. M. IBRIGA « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et la CEDEAO », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, *op. cit.*, p. 197-227.

¹⁵⁴⁵ J. ISSA SAYEGH, « L'ordre juridique de l'UEMOA et l'intégration juridique africaine », *Op. cit.* p. 804 et s et P. VIAUD, « Union européenne et Union économique et monétaire de l'Ouest africain », *Op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴⁶ Du point de vue institutionnel, le parallèle est vite établi entre la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement, le Conseil des ministres et la Commission en tant qu'organes de direction de l'UEMOA et le Conseil européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne. Les compétences de la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'UEMOA mises en rapport avec celles du Conseil de l'Union européenne sont édifiantes à plus d'un titre. En effet, aux termes de l'article 17 du traité UEMOA la Conférence définit les grandes orientations de la politique de l'Union. L'article D du traité sur l'Union européenne (TUE) ne dit rien d'autre puisqu'il stipule que « le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développements et en définit les orientations politiques générales. Le Conseil européen réunit les Chefs d'État et Gouvernement ainsi que le président de la commission » A noter cependant que contrairement à l'UE où le Président de la Commission est membre de droit du Conseil européen en vertu du traité sur l'Union européenne, le président de la Commission de l'UEMOA assiste aux rencontres de la Conférence mais en aucun cas le traité n'en fait une obligation pour les Chefs d'État et de Gouvernement. Aussi, la Conférence entretient-elle un rapport hiérarchique à l'égard des autres institutions dans l'UEMOA et se présente ainsi comme la clé de voute du système alors que tel n'est point le cas du Conseil de l'Union européenne puisqu'il doit présenter un rapport au Parlement européen à la suite de chacune de ses réunions. V. P. VIAUD, « Union européenne et Union économique et monétaire de l'Ouest africain », *RMCUE*, n° 414, janv. 1998, p. 15.

monétaire¹⁵⁴⁷. En effet, aux termes de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE)¹⁵⁴⁸ « l'Union établit un marché intérieur [...] ». L'article 4 du traité UEMOA va dans le même sens en stipulant que l'Union vise la réalisation d'un « marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune ».

[624] En Europe, la mise en place de cette communauté a pris par l'institution d'organisation de coopération dans des domaines limités¹⁵⁴⁹ pour s'étendre à un marché commun par la suite. Une seconde étape a été franchie en passant du marché unique à l'Union européenne. Cette étape correspond plus à une construction politique qu'économique. Le droit, petit à petit, a commencé à s'insérer dans la politique économique de l'Union. Ce passage de l'objectif purement économique à celui politique s'est constaté avec l'ouverture de l'Europe aux pays de l'Est, vers les années 1989. La preuve de ce passage nous est apportée par le fait que depuis 1989, deux conférences intergouvernementales ont été réunies. La première portait sur une union politique et la seconde sur une union économique et monétaire. En situant cette évolution dans le processus de signature et d'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, on a constaté en 1991, qu'au lieu d'avoir deux traités, il y a eu le traité d'Union européenne. C'est en toute

¹⁵⁴⁷ Précisons cependant que si dans l'UE l'Union monétaire s'est faite à posteriori, dans l'UEMOA, elle s'est faite à priori c'est-à-dire au seuil de la mise sur pied de l'institution.

¹⁵⁴⁸ Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, la numérotation et la dénomination des Traités de l'UE a évolué. Le Traité instituant la Communauté européenne (TCE) est devenu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et le Traité sur l'Union européenne (TUE) demeure. Aussi les communautés n'existent plus ayant été substituées par l'Union européenne (voir article 1er du TUE). Pour le tableau de concordance voir *Journal Officiel Union Européenne*, C 115 du 09 mai 2008, p. 361.

¹⁵⁴⁹ À titre d'exemple on peut mentionner l'Union de l'Europe occidentale (UEO) consacrée à la défense européenne et la sécurité militaire. L'OECE (Organisation européenne de coopération économique), chargée de la répartition de l'aide américaine et la création d'une véritable coopération économique entre les différents États européens.

logique ce traité qui a formalisé ce passage d'une logique d'intégration économique à une autre d'intégration politique.

[625] La troisième étape est bien sûr celle d'un passage de cette union politique et économique à l'étape juridique. Le retour à une harmonisation juridique dans le processus de construction de l'Union européenne fut rendu impérieux par un certain nombre de constats qui se concentrent autour du besoin d'achever la construction du marché unique européen¹⁵⁵⁰. Cette construction est passée par des étapes dont la plus pertinente à notre égard est l'abolition des barrières techniques, comptables et fiscales. Ce n'est qu'à ce stade qu'on a commencé à assister à une harmonisation totale des normes et réglementations nationales de chaque pays membre avec la conséquence que les domaines difficiles d'harmonisation subissaient un effet réciproque de reconnaissance mutuelle des standards et normes y existant. L'union européenne a alors utilisé l'harmonisation juridique pour parachever le marché unique. On a eu dans cette optique des politiques d'harmonisation en matière de santé, de normes sociales, de normes fiscales, de sécurité, d'environnement, de droit des consommateurs, etc.

[626] Ce qu'on peut retenir pour les besoins de notre analyse est que, même si les actes de construction ont été lents à se concrétiser, l'objectif prioritaire était toujours gardé à l'esprit : aboutir à un marché unique intégré économiquement. Ce marché visait l'atteinte d'une « prospérité accrue de la communauté, procurée par un gain d'efficacité des économies européennes. Ce gain devait provenir d'une meilleure allocation des ressources productives et de l'accès à des économies d'échelle, favorisées par une spécialisation accrue et par l'augmentation de la dimension des marchés »¹⁵⁵¹. Si après avoir depuis

¹⁵⁵⁰ L'Acte unique définissait le marché unique européen comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des biens, des personnes des services et des capitaux est assuré ».

¹⁵⁵¹ Marie-Luise HERSCHTEL, *L'économie de l'Union européenne*, 2^{ième} éd., Paris, Armand Colin, 1997, p. 43 et 44.

l'origine, escompté ces progrès sur la voie de l'intégration économique et obtenu de solides acquis, l'Union européenne a senti l'impérieux besoin d'effectuer une harmonisation juridique plus approfondie¹⁵⁵² et quasi-systématique, c'est bien la preuve que l'un ne peut prospérer efficacement sans l'autre. Aussi, même si ces préoccupations juridiques existaient, elles ont connu une ampleur à compter des années quatre-vingt dix.

[627] Ces détours historiques sont utiles pour faire comprendre au lecteur où a finalement échoué le navire européen d'intégration économique : dans une harmonisation juridique indispensable mais plus difficile au regard du détour effectué. En effet, pour mieux faire le parallèle avec l'OHADA, il faut rappeler que c'est le processus inverse qui a été suivi avec le choix d'harmoniser strictement le domaine juridique pour essayer d'aboutir plus tard à une intégration économique. Si tel est la finalité, il ne faut en aucun cas, au moment d'uniformiser une matière aussi névralgique que le droit des contrats, faire fi de ses possibles¹⁵⁵³ effets sur les économies des pays concernés. L'expérience de l'Union européenne abondamment relatée dans les lignes précédentes est là pour nous servir. L'UE est finalement revenue à une harmonisation juridique, fiscale, et sociale pour parfaire son intégration économique, bref son marché intérieur selon la Commission. Le législateur de l'OHADA ne devrait donc pas commettre le même impaire en procédant à une uniformisation du droit des contrats, censée s'intégrer dans une politique globale de réforme du droit des affaires, sans que l'aspect économique de cette matière - fut-il insidieux - soit pris en compte. L'expérience européenne décryptée en plus des précédents arguments nous invite expressément à visiter les rapports entre droit des contrats et

¹⁵⁵² Par excès, on peut affirmer que les premiers balbutiements de l'idée d'une harmonisation remontent à Raymond SALEILLES et Édouard LAMBERT durant le 1^{er} Congrès international de droit comparé en 1900 où on a émis l'idée d'un droit commun à l'humanité civilisée. Pour des références, on consultera utilement Christophe JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », R.I.D.Comparé, 2000, p. 733 et s.

¹⁵⁵³ De nombreux auteurs dénie tout effet au droit sur l'économie ou lui attribue un rôle mineur. Il faut préciser que la Commission européenne a depuis 2001 et même avant, basé toutes ses communications sur ce postulat de l'amélioration du marché.

économie afin que l'adoption des principes contractuels qui sera faite, le soit en considérant l'impact possible de ce nouveau corpus contractuel sur l'économie des États membres de l'OHADA.

[628] Il faut aussi garder à l'esprit l'opinion avérée selon laquelle le processus européen d'intégration juridique suit deux voies¹⁵⁵⁴ principales qui, quelque soit la voie choisie, affecte le droit privé des États membres. D'abord celle de l'élimination des mesures ayant un effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation ou entraves aux échanges (articles 28 et suivants du Traité établissant la Communauté européenne) : on parle d'« harmonisation négative ». Ensuite, celle du rapprochement des législations des États membres ou l'« harmonisation positive ». Celle dont nous avons jusque là décrit la manifestation se rapproche plus de l'harmonisation positive. L'harmonisation négative, de l'avis du professeur Shanks¹⁵⁵⁵ consistait depuis la CEE en « l'abolition des tarifs douaniers et des autres barrières commerciales » ce qui a entraîné une uniformisation des taux de croissance dans l'espace de la CEE. Marie-Luise Herschtel abondait dans le même sens en ce qui concerne l'Union européenne lorsqu'elle affirmait que pour les acteurs initiaux, il s'agissait de rechercher des « effets dynamiques » qui peuvent être clarifiés en effets directs et indirects sur le taux de croissance économique des États membres de la communauté¹⁵⁵⁶.

[629] Ces effets dynamiques sont indubitablement améliorés par un droit des contrats harmonisé. Sinon comment comprendre que malgré de nombreux obstacles juridiques et factuels, l'Union à travers sa Commission tienne tant à procéder à une harmonisation des

¹⁵⁵⁴ Ces réflexions sont tirées en général de l'article du professeur Thierry BOURGOIGNIE, « L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des États membres », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n 1-2, mars-juin 2005, p. 61 et s.

¹⁵⁵⁵ SHANKS M., *L'intégration économique en Europe occidentale depuis 1945*, Budapest, Conseil scientifique hongrois d'économie mondiale, 1971, Coll. Tendances dans l'économie mondiale.

¹⁵⁵⁶ Marie-Luise HERSCHTEL, *Ibid.*, p. 383, spéc. p. 54.

contrats. En effet, la saga continue et après des rapports d'étapes et communications multiples¹⁵⁵⁷, elle prend actuellement corps à travers la *Directive du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs*¹⁵⁵⁸ et la proposition de *Règlement portant création d'un droit commun européen de la vente* qui n'en est pas un¹⁵⁵⁹. Après avoir voulu un droit européen du contrat et s'être heurtée à son impossibilité¹⁵⁶⁰ sous l'égide de l'Union, la Commission a tenu tout de même à créer un corpus de règles¹⁵⁶¹ non contraignantes qui s'éloignent du droit commun pour viser en apparence¹⁵⁶² un pan de droit spécial des contrats. Les tergiversations européennes sont patentes et laissent penser que la référence en la matière est à rechercher sous d'autres cieux cette fois-ci. La montagne a accouché d'une souris¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁷ Il s'agit des Communications de la Commission au sujet d'un droit européen des contrats qui peuvent facilement embrouiller. V. Communication Comm. CE au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, 2001/C 255/01 ; Communication Comm. CE au Parlement européen et au Conseil, « Un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action », COM-2003-68 Final ; « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM-2004-651 Final ; « Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis », COM-2005-456 Final ; « Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence », COM-2007-447 Final ; « Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur », COM-2006-744 Final ; « Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », COM-2010-348 Final ; L'historique des communications est faite par Mathias LATINA, « Les derniers développements du droit européen du contrat », RDC 2012-1, p. 299.

¹⁵⁵⁸ Dir. PE et Cons. N° 2011/83/UE/25 oct. 2011 relative au droit des consommateurs. Mathias LATINA, *ibid.*, p. 307 parle d'un échec parlant de cette directive qui a voulu combiner les effets d'une harmonisation totale avec une harmonisation horizontale. Vu le résultat déplorable, la Commission s'est de suite rabattue sur une harmonisation plus générale en attaquant le droit de la vente.

¹⁵⁵⁹ COM -2011-635 Final. Cette proposition est un instrument optionnel de droit européen de la vente envisagée comme un contrat spécifique. Mais à la réflexion, on se rend compte que la plupart des règles régissant la vente ressortent du droit commun. De plus la vente dont on parle englobe la fourniture de contenu numérique, les contrats de services, d'installation, de réparation, d'entretien, en lien avec le bien vendu. On camoufle une harmonisation générale par un intitulé sectoriel. Pour une opinion similaire, V. Mathias LATINA, *Op. cit.*, p. 310.

¹⁵⁶⁰ Nous reviendrons dans la sous partie à suivre aux obstacles à un droit européen des contrats.

¹⁵⁶¹ Le Cadre commun de référence qui est plus une boîte à principes contractuels où chaque législateur national pourrait venir puiser à sa guise. La Commission affirmait dans l'une de ses communications que le but n'était plus une harmonisation du droit privé à grande échelle ou une transformation du CCR en un Code civil européen. V. « Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence », COM-2007-447 Final, spéc. p. 6.

¹⁵⁶² Le domaine de ce règlement est très vaste et déborde du droit de la vente. De plus le contentieux en est exclusivement confié à la CJCE pour une harmonisation des interprétations.

¹⁵⁶³ L'expression est empruntée au professeur Laurence BOY, « Vers l'harmonisation des contrats d'affaires dans l'espace OHADA; l'expérience européenne », dans Actes du Colloque international de Libreville sur

[630] En définitive, ce que le juriste africain devrait retenir de l'expérience d'intégration européenne avait été résumé de longue date par Mireille Delmas Marty¹⁵⁶⁴ qui enseigne que la :

« construction juridique européenne, pluraliste et évolutive est d'autant plus nécessaire qu'elle répond à un double objectif : mieux protéger les intérêts de l'Europe et de ses citoyens et, plus largement, constituer une alternative à une mondialisation hégémonique qui étendrait à la planète le système juridique de l'État économiquement le plus puissant ».

[631] Quoi de plus simple alors que de penser cette réforme du droit des contrats OHADA dans cette double optique de protection des intérêts contractuels africains plutôt que de recopier ce qui constitue la particularité européenne. Le processus suit son chemin et nous pouvons même dire à une exception près¹⁵⁶⁵ qu'il est en réalité plus abouti dans le contexte de l'OHADA que dans l'Union européenne où les obstacles qu'il rencontre sont difficilement surmontables (B-).

B- Les obstacles juridiques à un droit européen des contrats

[632] Des raisons, les unes plus pertinentes que les autres, ont été relevées par la doctrine et tendent à démontrer que des obstacles simplement factuels¹⁵⁶⁶ ou culturels¹⁵⁶⁷ pour les

Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, du 26 au 28 octobre 2011 à Libreville au Gabon, Publications de l'ERSUMA, juin 2012, p. 282 et s., spéc. p. 283.

¹⁵⁶⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la Mondialisation », D. 2000, n° 21 OU *Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine*, dans Christophe JAMIN (Dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 23 et s.

¹⁵⁶⁵ L'exception semble être le projet de droit des obligations OHADA qui de sources fiables voudraient proposer aux Etats membres de l'OHADA un instrument optionnel en matière de droit des obligations.

¹⁵⁶⁶ Le professeur Yves LEQUETTE par exemple la privation des peuples qui composent l'Europe de leurs Droits civils, alors même que ceux-ci constituent une pièce importante de leur histoire, de leur culture et de leur identité. Yves LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von BAR », D. 2002, Chron. 2202.

uns, juridiques¹⁵⁶⁸ et épistémologiques pour les autres, entravent la possible élaboration d'un droit civil des contrats en Europe.

[633] L'un des premiers obstacles pratiques à ce droit civil européen (code civil européen) est justement l'absence totale de code civil dans un des pays fondateur et économiquement important de l'Europe : la Grande Bretagne¹⁵⁶⁹. C'est en ce sens que le professeur Legrand¹⁵⁷⁰ affirmait qu'en Angleterre, pour des raisons sociologiques aussi, les anglais « se sentent très inconfortables avec les règles rigides » et qu'il y aurait même une « horreur émotionnelle des règles formelles »¹⁵⁷¹, les problèmes pouvant être résolus sans des règles formelles notamment un code civil. Dans un même sens, nous pouvons répertorier que cette idée en Europe se heurte à deux mentalités contradictoires fortes qui, en réalité, constituent les deux identités européennes en présence. Ces identités sont multiples mais les deux plus fortes en présence seront en pratique difficiles à concilier sous cet aspect là.

[634] Il y a ainsi d'un côté cette volonté de protection du droit formel, rigide, tel qu'il ressort de la lettre des textes codifiés et de l'autre cette ouverture factuelle à l'innovation juridique par les juges. Les juristes civilistes francophones sont souvent taxés de conservatisme, parfois à tort, parfois à raison. La preuve de cette position conservatrice des premiers est donnée par les auteurs français Philippe Jestaz et Christophe Jamin dans la

¹⁵⁶⁷ Pierre LEGRAND, « La leçon d'Apollinaire », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), Éd. Economica, 2001, p. 37 et s., où des différences artistiques, langagières, propres à l'altérité, etc. sont développées par l'auteur.

¹⁵⁶⁸ C'est le cas de M. BANGEMANN, membre de la Commission qui affirme que « les Traités européens ne contiennent pas une seule disposition qui autorise l'Union européenne à l'unification du droit privé... » ; cité par Yves LEQUETTE, *Ibid.*, p. 2203, note 11.

¹⁵⁶⁹ Nous n'oublions évidemment pas dans l'espace européen, l'Irlande qui est aussi de tradition juridique *common law*.

¹⁵⁷⁰ Pierre LEGRAND, « Against a European Civil Code », 60, *The Modern Law Review*, 1997, p. 47.

¹⁵⁷¹ Pierre LEGRAND cite à cet effet HOFSTEDE, *Cultures and Organizations*, (London : McGraw-Hill, 1991), pp. 121 et 145 respectivement.

conclusion d'un de leurs ouvrages¹⁵⁷² où ils rapportent que grâce à cette doctrine « les professeurs de droit s'affirment comme les principaux détenteurs d'un *savoir juridique spécifique propre à canaliser les débordements nouveaux du droit tout en leur permettant de résister aux sociologues, mais avec cet inconvénient de rejeter les sciences sociales hors de la sphère du droit* (nos soulignements). Il y a donc ici la preuve d'un certain dogmatisme juridique rigide qui s'oppose à la texture ouverte de l'approche de *common law*. Cette dernière permet au juge et au juriste non seulement de s'émanciper de la lettre de la loi, mais aussi et surtout de scruter d'autres dimensions du savoir que peuvent être une interprétation à connotation sociologique, économique, anthropologique, historique, culturelle, etc.

[635] Sous l'angle des obstacles factuels on peut mentionner aussi ce besoin un peu trop poussé du juriste civiliste francophone de toujours rester logique et syllogique quoiqu'il arrive¹⁵⁷³ alors qu'on a déjà lu des juges de *common law* qui affirmaient que « le *common law* anglais ne s'est pas toujours développé en fonction d'axes rigoureusement logiques et lorsque la logique mènerait la cour sur un chemin parsemé d'embûches pratiques, celle-ci ne craindra pas de s'en détourner pour rechercher la solution pragmatique qui servira au mieux les besoins de la société »¹⁵⁷⁴.

[636] Un autre obstacle actuel à un droit civil européen, est l'aspect déstructuré et incohérent qu'il présente. En effet, à côté des règles découlant de l'Union européenne (Conseil de l'Europe regroupant tous les Présidents, la Commission européenne et du Parlement européen), on peut juxtaposer celle du droit communautaire. La structure duale

¹⁵⁷² Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 303 - 304.

¹⁵⁷³ Le syllogisme juridique strict, le plan bipartite, autant de formatages qui ne servent pas l'ouverture de la science juridique à d'autres sciences.

¹⁵⁷⁴ *Ex parte King* [1984] 3, *All E.R.* 897 (CA), p. 903, Lord Justice GRIFFITHS, cité par Pierre LEGRAND, « Sens et non sens d'un code civil européen », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1996, p. 782, note 10.

de la réglementation de l'UE agit directement sur la cohérence possible d'un droit civil européen qui aurait différentes connotations et interprétations selon les sources considérées et les juristes européens eux-mêmes. L'incohérence découle notamment du fait qu'individuellement des chercheurs proposent leurs droits nationaux comme modèle. Ainsi a-t-on le professeur Denis Tallon qui propose le code civil français comme base. M. Markesinis s'oriente plus vers le modèle d'Oxford qu'il connaît bien pour les mêmes finalités. Et le projet Gandolfi¹⁵⁷⁵ donne une préférence au code civil italien. Les auteurs tel que le professeur Von Bar ne sont pas non plus inexistant à clamer que le code allemand en tant que plus récent texte de codification en Europe, devrait être la première base pour toute analyse d'un éventuel code européen. Le professeur Lequette¹⁵⁷⁶ n'hésite même pas à insinuer que seule l'Allemagne sortirait gagnante de ce processus d'harmonisation au détriment de la France, de la Grande Bretagne et de l'Europe entière¹⁵⁷⁷. Il poursuit avec une analyse politique du projet « Von Bar » de Code civil européen qui, quoique pertinente, n'en demeure pas moins un peu proche de la paranoïa, puisqu'il y fait référence aux probables causes de la 2nde Guerre mondiale¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁵ Projet GANDOLFI du nom du professeur Giuseppe GANDOLFI qui a dirigé le groupe de l'Académie des Juristes privatistes européens ou Groupe de Pavie qui a abouti à l'élaboration d'un *Code européen du droit des contrats*. V. G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », RTDCiv. 1992, 707 et s.

¹⁵⁷⁶ Yves Lequette, « Vers un code civil européen ? », dans Olivier SAUTEL (dir.), *Réformer le droit*, Paris, Litec, Collection Colloques et débats, p. 112.

¹⁵⁷⁷ Cette idée découle des développements faits avant et après le paragraphe qui se lit comme suit dans l'article précité : « Tout au plus certains pays pourraient-ils voir leur rayonnement juridique s'améliorer du fait de l'adoption d'un Code civil européen. Tel pourrait être éventuellement le cas de l'Allemagne. Celle-ci n'ayant plus, à la suite des deux guerres mondiales, qu'une audience juridique assez limitée en dehors des frontières de l'Europe, l'entreprise d'un Code civil européen dont elle s'est érigée le maître d'œuvre pourrait lui permettre de reprendre pied sur la scène juridique mondiale. En définitive, au discours proclamant que l'unification européenne du droit va accroître le rayonnement international de l'Europe, il paraît plus exacte de substituer la remarque que plusieurs pays européens notamment la Grande Bretagne et la France, sont invités, au nom de la construction européenne, à sacrifier une partie de leurs atouts, sans que la position de l'Europe en tant qu'entité se trouve significativement améliorée ».

¹⁵⁷⁸ Yves LEQUETTE, *Id.*, p. 120 faisant référence aux respectifs ouvrages de l'historien Jacques BAINVILLE et l'économiste J.-M. KEYNES, *Conséquences politiques de la paix*, et *Conséquences économiques de la paix*, réédités conjointement à Paris, aux éditions Gallimard en 2002.

[637] Au-delà de ces analyses politiques¹⁵⁷⁹ les unes plus effarantes que les autres, il est clair que les allégations ainsi faites créent des situations problématiques qui n'existent pas dans le contexte de l'OHADA. De profondes divergences de nature et d'ampleur variées subsistent au sein de ces pays européens qui au-delà même des considérations juridiques qui nous ont occupé au tout départ se révèlent difficilement conciliables et rendent l'entreprise quasiment impossible en l'état actuel des choses. La réelle difficulté étant pour les acteurs africains de saisir les vrais enjeux de la question objet de notre première partie¹⁵⁸⁰.

[638] La boucle de ce désordre européen est bouclée par les disparités et confusions créées par les nombreuses lois spéciales qui viennent dans différents pays de la Communauté augmenter le sentiment de perte de maîtrise de la réglementation européenne et interne. Citons en exemple le cas français en matière de droit civil. En effet on a assisté presque à une décodification du droit civil français - c'est en tout cas l'opinion du professeur Remi Cabrillac¹⁵⁸¹ - due à la multiplication à l'infini des lois spéciales¹⁵⁸² en dehors de la structure du Code civil. Traitant dans un même sens la question de la codification française, Bernard Beignier¹⁵⁸³ décrit ce code français comme étant « devenu aussi tarabiscoté que le Louvre d'avant Napoléon III. Il y a la Cour carrée des quatre

¹⁵⁷⁹ Pour une analyse plus complète de ce type d'argumentaire politico-juridique justifiant une farouche opposition au projet de Code civil européen, on consultera utilement Hans-Rüdiger MINOW et Walter Von GOLDENBACH, *D'une guerre à l'autre. La politique extérieure allemande et le morcèlement ethnique de l'Europe*, trad. française, Paris, Guibert, 2002, p. 69; cité par Yves LEQUETTE, *Ibid.*, p. 119.

¹⁵⁸⁰ Que les Africains croient encore en l'Afrique et les juristes africains dans les droits africains modernisés et uniformisés. Paraphrase de la fin de la conclusion du professeur Yves LEQUETTE, *Ibid.*, p. 124 où il écrit : « ... que les Français croient encore en la France et les juristes français dans le droit français ».

¹⁵⁸¹ Rémi CABRILLAC, « Réformer le droit civil », dans Olivier SAUTEL (dir.), *Réformer le droit*, Paris, Litec, Collection Colloques et débats, p. 18.

¹⁵⁸² Pour ne parler que du 20^{ème} siècle, on a : la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations; la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances; la loi du 5 avril 1937 modifiant les règles de preuve concernant la responsabilité civile des instituteurs; la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété; la loi du 04 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction; la loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée; la loi du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle; la loi du 26 juillet 1993 portant code de la consommation et qui est sœur cadette d'une autre loi de 1978, etc.

¹⁵⁸³ Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1995, « Avant-propos », p. 3.

rédacteurs de 1804, les ailes et la colonnade du “cinquième rédacteur”, le Doyen Carbonnier, puis ça et là, au gré des guichets et des ruelles obscures du Carrousel, des maisonnettes et des guinguettes, des boutiques et des apprentis ». Ce désordre juridique entraîne une insécurité grandissante non seulement au niveau national mais aussi européen puisque le même phénomène se multiplie à des degrés divers dans d’autres pays¹⁵⁸⁴ de l’Europe. De façon générale ce constat est la preuve tout au moins d’une flagrante absence de cohésion entre les acteurs européens en matière contractuelle ce qui n’est pas le cas de l’espace OHADA.

[639] Aussi, un obstacle à un droit civil européen - et de loin le plus effectif - est l’absence de fondement juridique dans les textes de l’Union européenne. On sait avec clarté que le législateur communautaire européen est lié par le principe de spécialité en droit des organisations internationales et que ces interventions législatives doivent donc rester circonscrites expressément à ce qui est autorisé dans le Traité de l’UE¹⁵⁸⁵. C’est par ailleurs l’un des sièges du principe de subsidiarité¹⁵⁸⁶ et il ne constitue en rien un fondement juridique de l’action législative uniformisatrice de la Communauté en matière contractuelle. En effet, c’est en vain que l’on recherche dans tout le corpus européen, une référence expresse pouvant permettre de juridiquement légitimer cette harmonisation juridique des normes civiles européennes mais hélas!

¹⁵⁸⁴ Pays-Bas qui a adopté un code civil en plusieurs étapes, entrés en vigueur en 1992. L’Allemagne a procédé à une réforme complète de son BGB par une loi entrée en force à compter de janvier 2002. Un autre fait criard, révélateur de cette incohérence est le suivant : alors que plusieurs de ces pays ont réformé leur droit civil, la France avec toutes ses lois spéciales, continue de vouloir participer au débat en gardant un texte de 1804 pratiquement inchangé (exception faite du projet CATALA de léger toilettage du Code civil) en matière de droit des obligations et de la prescription.

¹⁵⁸⁵ Article 5 I du traité de l’UE (ex article 3 B, alinéa 1^{er}) qui dispose que la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le Traité.

¹⁵⁸⁶ La subsidiarité est énoncée à l’article 5 II TUE et limitée de suite par l’alinéa 3 du Traité. Alinéa 2 : La communauté n’agit « que si et dans la mesure où les objectifs de l’action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres ».

Alinéa 3 : « L’action de la Communauté n’excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs ».

[640] La Compétence de la commission européenne en matière contractuelle est insoutenable et de nombreux auteurs ont pu écrire à ce propos pour démontrer l'absence flagrante de fondement juridique dans l'action de la Commission européenne. La question est toutefois bien souvent éludée pour abonder sur la matière même. Les premiers signes de cette volonté de formation d'un code européen de droit privé remontent semble-t-il au Parlement européen qui a voté des résolutions respectivement en 1989, en 1994 et en 2000¹⁵⁸⁷. Ces résolutions même si elles se rapportaient exactement à un droit privé commun européen, ne constituent pas un fondement juridique légitime de l'action de la commission européenne. Bien entendu de façon générale, les résolutions du Parlement européen ont une légitimité juridique comme source secondaire du droit européen avec une certaine force exécutoire en cas de disparité flagrante entre une orientation communautaire et une action nationale. Toutefois, le principe demeure celui de l'absence de force contraignante des résolutions du Parlement européen, précisément en matière contractuelle de surcroît. Leur illégitimité est encore prouvée par le fait qu'ils n'énoncent à notre sens que des orientations générales ne rentrant pas dans le corpus juridique des normes¹⁵⁸⁸ édictées au sein de la structure européenne. La résolution de 1989¹⁵⁸⁹ parlait d'un *effort de rapprochement du droit privé des États membres*. Celle de 1994, un peu plus précise que la précédente, restait toujours trop vague pour servir de fondement puisqu'elle était relative à *l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres*¹⁵⁹⁰. La mise sur pied d'un calendrier, précis au départ, régissant les différentes étapes de cette œuvre européenne législative ne constitue pas un fondement : c'est simplement mettre les charrues avant les bœufs. Le parlement a sciemment oublié qu'il ne disposait dans ces matières connexes que

¹⁵⁸⁷ Résolution B5-0228, 0229, 0230/ 2000 du 16 mars 2000, JOCE, du 29 décembre 2000, n° C377, p. 323.

¹⁵⁸⁸ Nous pensons justement aux règlements, directives, avis et recommandations qui proviennent des divers degrés de la pyramide législative et institutionnelle européenne.

¹⁵⁸⁹ Résolution A2-157/89, publié le 26 mai 1989 au Journal officiel (J.O.C.E.), 1989, n° C 158, p. 400

¹⁵⁹⁰ Résolution A3-03293/ 1994 en date du 6 mai 1994 et ayant comme référence de publication au Journal Officiel, J.O.C.E. 1994, C 205, p. 518 du 25 juillet 1994.

d'une compétence d'attribution. En effet les interventions de la Communauté doivent se faire dans le respect des objectifs majeurs d'intégration des marchés et de formation d'un marché unique.

[641] Il n'existe donc pas une seule disposition dans tous les traités fondateurs de l'UE qui autoriserait l'UE à harmoniser le droit privé des contrats¹⁵⁹¹. Cette autorisation est cependant légalement indispensable au regard du principe des compétences d'attribution de l'Union dans ces matières connexes. Par gymnastique intellectuelle, on a invoqué, l'article 95 TCE¹⁵⁹²(Traité de la Communauté Européenne). Il est clair que cet article dans son libellé¹⁵⁹³ n'a d'autres visées que celle du fonctionnement et de l'achèvement du marché intérieur à travers l'aménagement de règles de concurrence. Il faut donc minimalement que la Commission¹⁵⁹⁴ prouve que son action est indispensable à la réalisation du marché intérieur¹⁵⁹⁵. Pour justement obtenir la rétention de cet article comme fondement légitime, les défenseurs de cette harmonisation communautaire européenne du droit des contrats affirment que le pluralisme contractuel européen constitue une entrave à l'efficacité du marché et donnerait compétence à la Communauté. Même si cette affirmation peut être

¹⁵⁹¹ W. Van GERVEN, « Codifying European Private Law : Top Down and Bottom Up », dans *An Academic Green Paper on European Contract Law* », Kluwer Law International, 2002, pp. 402 - 432, spec. P. 432. Du meme auteur de façon encore plus incisive, « Harmonization of Private Law: Do We Need It? », *Common Market Law Review*, Vol. 41, 2004, pp. 505 - 532, spec. pp. 506 et 525.

¹⁵⁹² Art. 95 TCE 1993 devenu 110 et 114 TFUE et 95(4) TCE devenu 104(9) TFUE (Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne). Avant le TFUE c'était l'article 100 A du Traité sur l'Union européenne (TUE). Table de concordance tirée de Nigel FOSTER, *Foster on E.U. Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2011, p. Ivii et Iviii.

¹⁵⁹³ Article 95 TCE : « Aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires.

En outre, aucun État membre ne frappe les produits des autres États membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions.

Les États membres éliminent ou corrigent, au plus tard au début de la deuxième étape, les dispositions existant à l'entrée en vigueur du présent traité qui sont contraires aux règles ci-dessus ».

¹⁵⁹⁴ En réalité l'ancien article 95TCE ne permet au Conseil, statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 TCE (actuellement 294 TFUE), d'arrêter les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives uniquement après consultation du Comité économique et social.

¹⁵⁹⁵ De plus, conformément à l'article 5 al. 3 TUE, l'Union doit s'assurer que son action *n'exède pas ce qui est nécessaire*.

économiquement vérifiée¹⁵⁹⁶, il ne faut en aucun cas confondre l'argument de l'opportunité économique d'une harmonisation du droit privé européen et celui du fondement de cette action par la Communauté¹⁵⁹⁷.

[642] Kiteri Garcia¹⁵⁹⁸, auteure d'une thèse sur la question du droit civil européen, reprend à la suite des articles 110 et 114 TFUE, les articles 72 TFUE¹⁵⁹⁹ et 352 TFUE¹⁶⁰⁰ qui ne permettent pas comme bien d'autres¹⁶⁰¹ de retrouver un fondement juridique au processus incohérent de construction d'un droit civil en cours actuellement sous différents forums européens.

[643] Le premier, l'article 72 TFUE concerne spécifiquement les mesures de coopération judiciaire transfrontalière et en ce sens, ce serait lui tordre le cou que de vouloir le faire passer comme fondement textuel de l'harmonisation européenne du droit civil.

[644] Le second, l'article 352 TFUE n'intervient qu'en l'absence de compétence spécifique octroyée au Conseil. Il permet au Conseil, en l'absence de pouvoir d'action spécifique, d'adopter à l'unanimité toutes mesures visant un meilleur fonctionnement du

¹⁵⁹⁶ Voir nos développements au sujet de l'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats : 1^{ère} partie/Titre 1^{er}/Chapitre 1/ Section 1/ Paragraphe 2.

¹⁵⁹⁷ On a été jusqu'à dire que si le droit civil européen ainsi édicté vient remplacer tous les droits nationaux de droit privé en les éradiquant et en laissant subsister une seule norme communautaire alors les objectifs de l'article 95TCE seraient atteints et il pourrait constituer une base légale. On parle là d'unification pure et dure du droit privé européen et l'OHADA qui fait figure de modèle sur la question en droit communautaire transnational s'en tient pour l'instant aux matières de l'art. 2 du Traité fondateur. Disons simplement que l'option est quasi-utopique en Europe.

¹⁵⁹⁸ Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2008. Les idées ci-après sont inspirées des développements de cette auteure à la page 359.

¹⁵⁹⁹ Ancien art. 65 TCE.

¹⁶⁰⁰ Ancien art. 308 TCE.

¹⁶⁰¹ On a recherché ce fondement dans l'article 67 TFUE alors que son champ d'application est limité au droit international privé. Et même si le but était d'harmoniser les règles de conflits en matière contractuelle, le bouchon serait déjà un peu tiré vu la matière du droit des contrats.

Un autre fondement fut recherché dans l'art. 81TFUE qui clairement limite son intervention aux règles de procédure civile. Le pire au sujet de cet article est qu'il est problématique au regard des difficultés de mise en œuvre qu'il présente simplement dans son propre domaine d'action. En effet, le Danemark, la Grande Bretagne et l'Irlande se sont désistés (opted out) de son application. Sur ces questions pour la position du Danemark après le Traité de Lisbonne, V. le Protocole n° 22, J.O. 2008, C. 115/299 ff. La Grande Bretagne et l'Irlande ont fait connaître leur position avant Lisbonne; position qu'elles ont réitérée après Lisbonne dans le Protocole n° 21, J.O. 2008, C. 115/295 ff.

marché commun. Il a déjà été courant d'entendre¹⁶⁰² que parce que cet article 352 TFUE reflétait l'idée selon laquelle la compétence fonctionnelle des institutions européennes pourrait ne pas être suffisante pour atteindre certains objectifs notamment celui de l'harmonisation du droit civil, alors on pourrait combler légitimement cette lacune en recourant audit article; ce que le Conseil a essayé de faire sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen¹⁶⁰³. Mais cette analyse interprétative devra à notre sens relever d'une extension à souhait des champs de compétence communautaire pour pouvoir englober la réforme d'un Code civil européen. Malheureusement pour l'Europe, même si par extraordinaire cette base juridique était retenue, elle serait tout de même impraticable parce qu'elle exige non seulement une unanimité au Conseil pour l'adoption de telles mesures mais aussi un non cumul de fondement¹⁶⁰⁴. En ce qui concerne un droit privé européen, l'unanimité européenne n'est pas pour demain.

[645] Toujours sur le plan des obstacles juridiques, des auteurs ont mentionné l'incompatibilité entre les principes de subsidiarité et de proportionnalité du droit européen et l'intention d'harmoniser le droit civil européen. En effet la réalisation d'une uniformité européenne en matière contractuelle interdit sur la base des principes de proportionnalité et de subsidiarité que la Commission, par des directives ou des règlements, impose sa vision

¹⁶⁰² Pour une auteure favorable à ce fondement, V. Laurence IDOT, « Les bases communautaires d'un droit privé européen (Traité de Maastricht et Traité de Rome) », dans P. De VAREILLES-SOMMIÈRES (Dir.), *Le droit privé européen*, 1998, p. 22 et s. L'auteure pense justement que le Conseil peut se servir de ce texte communautaire pour étendre ses compétences (Voir spéc. p. 31, n° 26 et s.).

¹⁶⁰³ Il s'agit en partie de la procédure prévue par l'article.

¹⁶⁰⁴ En effet selon la Cour Européenne de Justice, les compétences des art. 352 TFUE et 110, 114 TFUE sont mutuellement exclusives. Décision C-377/98 *Netherlands v. Parliament and Council*, ECR I-7079, 2001, p. 7157 ; Décision C-436/03 *Parliament v. council*, ECR I-3733, 2006, para 36. Cité par Jacobien W. RUTGERS, « European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument », Chapitre 13 dans Arthur HARTKAMP et al., *Towards a European Civil Code*, 4th rev. ed., Wolters Kluwer, 2012, p. 317, note 39.

De plus, la compétence de l'article 352 TFUE ne peut être mise en œuvre que si ni 110 et 114 TFUE ne sont exercés de même que n'importe quel autre article donnant fondement pour adopter une mesure de construction européenne. V. Décision C-377/98 *Netherlands v. Parliament and Council* [2001] ECR I-7079, p. 7157. Cité par J. W. RUTGERS, *Ibid.*, note 40.

institutionnelle aux différents États membres de l'UE. Ce qu'il est important de souligner brièvement¹⁶⁰⁵ à ce niveau, c'est que cette limite ne s'applique pas au contexte africain de l'OHADA. En effet si des divergences d'interprétation existent sur l'étendue de ce champ d'application prôné par l'article 2 du Traité fondateur de l'OHADA, il n'y a aucun doute quant au fait que la base juridique est bien existante et se trouve dans ce même article. Au demeurant, ce constat fait partie de plusieurs autres qui concourent à penser que le modèle OHADA pourra bel et bien non seulement intégrer la dynamique de l'UE mais aussi la dépasser en matière contractuelle (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : Le dépassement de la dynamique européenne en matière contractuelle

[646] Quels sont les réels constats à tirer de la compréhension de la dynamique européenne d'harmonisation? L'idée générale est qu'il est bien entendu possible d'édifier un droit OHADA des contrats, favorable aux intérêts africains, tel qu'effectué par l'Europe en matière économique pour ses intérêts. La donnée fondamentale ici étant la prise en compte de la diversité des cultures et coutumes contractuelles africaines qui est facilitée par l'absence d'obstacles dans le cadre africain (**A-**). Les bases seraient ainsi jetées pour dresser le portrait de la construction progressive ou plutôt de l'amélioration progressive du marché communautaire africain (**B-**).

¹⁶⁰⁵ Nous reviendrons plus en détails dans la section suivante relative au dépassement de la dynamique européenne sur ce constat positif pour l'OHADA.

A- La possible adoption d'un droit des contrats favorable aux intérêts africains

[647] Le droit [unifié] n'est pas une réalité théorique et objective mais le résultat pratique de l'activité des forces sociales¹⁶⁰⁶ et économiques¹⁶⁰⁷. Monsieur Koffi AMEGA l'a si bien compris, lui qui se félicitait que l'Afrique ait su bâtir un droit lié à l'évolution de sa société en parlant de la résistance de la coutume¹⁶⁰⁸. Il n'en finissait pas moins en recommandant que le caractère du droit africain est d'être communautaire et économique¹⁶⁰⁹. Le droit communautaire OHADA en tant que droit codifié doit servir le développement économique et social du Continent¹⁶¹⁰.

[648] On reconnaît que la mise sur pied de petites et moyennes entreprises (incluant celles du secteur informel) en Afrique est l'une des clés pour sortir le Continent du marasme économique en améliorant la redistribution des richesses. Toutefois, il est un fait que ces petites et moyennes entreprises, dans une économie de plus en plus mondialisée, ne font pas le poids dans leurs transactions économiques sous-régionales, régionales et internationales. Et c'est là que le droit, censé régir lesdites transactions commerciales, est important pour la survie de ces entreprises. On peut ainsi déduire que le parallèle entre droit et croissance économique existe. En effet les petites et moyennes entreprises africaines souffrent de leur isolement individuel. Elles souffrent de l'absence de culture véritable de recherche de l'information et de culture de recours aux conseils juridiques de qualité dans le contexte des négociations de leurs contrats.

¹⁶⁰⁶ V. Georges RIPERT, dans *Les forces créatrices du droit*, cité par KOFFI AMÉGA, *Ibid.*, p. 299.

¹⁶⁰⁷ L'uniformisation du droit a des impacts sur l'économie. Les études générales en ce sens sont nombreuses. Citons celle de S. KOZUKA, *The economic implications of Uniformity in Law*, Rev. dr. unif., 2007, 683.

¹⁶⁰⁸ Louis KOFFI AMEGA, « Dix ans de droit en Afrique noire », *Penant*, 1972, p. 285 et s., spéc. p. 287.

¹⁶⁰⁹ L. KOFFI AMEGA, *Id.*, p. 299.

¹⁶¹⁰ V. Jacqueline LOHOUES-OBLE, « La codification est-elle un vecteur de développement économique en Afrique? », dans *Journées d'études à l'occasion du bicentenaire du Code civil. Le rayonnement du droit codifié*, 25 novembre 2004, Les Éditions des Journaux officiels, Paris, mars 2005, pp. 105-126, spéc. p. 110 et s.

[649] Pour les plus sceptiques, l'exemple de la CVIM est fort éloquent à cet égard. En effet avant son introduction, on ne pouvait trouver dans un contrat entre un partenaire d'un pays industrialisé et un partenaire du Tiers-Monde, de choix de la loi du pays du Tiers-Monde. L'entente finissait toujours par le choix de la loi du pays industrialisé ou la loi d'un pays tiers. Dans ces conditions, comment bien négocier et jouer leur rôle de créateur de richesses dans le tissu économique africain si ces petites et moyennes entreprises ne peuvent ni choisir librement leurs cocontractants, ni influencer substantiellement sur le contenu du contrat, encore moins choisir le droit applicable à leur contrat.

[650] Avec la CVIM, dans les matières régies par cette Convention, la solution qui arrangeait les parties faibles au regard de sa relative neutralité fut le choix de cette Convention qui a œuvré dans le sens de l'accroissement des échanges commerciaux. Cet exemple démontre la nécessité et l'intérêt de cette uniformisation contractuelle OHADA. L'OHADA par l'harmonisation des règles contractuelles fournirait à ces entreprises un *corpus juris* qu'elles connaîtraient plus facilement et qu'elles pourraient exiger dans leurs transactions commerciales intracommunautaires ou internationales. Ce faisant la réforme du droit des contrats contribuerait ainsi à une meilleure sécurité juridique et incidemment à la construction d'un marché communautaire africain jouissant ainsi de règles modernes, claires et adaptées aux réalités africaines. Les entreprises africaines se verraient plus aguerries face à celles étrangères et les échanges économiques se feraient à armes un peu plus égales pour elles. Les caractéristiques du futur AUDC contribueraient ainsi à la construction du droit communautaire des affaires attractif. Il en résulterait une économie de ressources liées aux recherches du contenu de lois étrangères, aux coûts des experts en charge de cette étude ainsi qu'aux difficultés liées à de telles procédures surtout lorsqu'elles sont conduites dans un système différent du sien. Ces avantages facilitent l'accès à la croissance économique recherchée par les pères fondateurs de l'OHADA. La

prise en compte des orientations fondamentales telles les spécificités africaines caractérisées antérieurement, est surtout un gage de rétention des particularités et des intérêts africains dans la construction du cadre juridique de ces échanges communautaires.

[651] Cette construction est d'autant plus importante qu'elle ouvre la porte à d'autres pays tels le Ghana¹⁶¹¹ ou le Nigéria qui, de part les sources universelles considérées devraient se retrouver dans le *corpus juris* ainsi construit. La CVIM qui a inspiré le droit commercial général OHADA¹⁶¹² en est un exemple patent de compatibilité. Prendre en compte cette donnée est importante car l'intérêt du Continent passe par la construction d'un marché uniforme africain, assez puissant économiquement pour dicter sa loi dans certains domaines clés aux autres puissances économiques que sont l'Europe, les Amériques et la Chine.

[652] Parlant de cette dernière et à titre de confirmation de cet impact du droit sur l'économie, il ne faut pas oublier que la Chine a effectué un toilettage de ses règles commerciales à l'époque où elle se préparait à entrer dans l'OMC¹⁶¹³, institution phare de l'économie mondialisée. Son objectif était clairement de faciliter cette conversion économique par un corpus juridique adéquat, stable, efficace et applicable uniformément¹⁶¹⁴, de sorte à susciter et accompagner l'essor économique¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ Le Ghana qui figure parmi les premiers signataires de la CVIM en Afrique.

¹⁶¹² Voir Gaston G. KENFACK DOUAJNI, « La vente commerciale OHADA », *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 2003, p. 191, qui procède à une analyse comparative de la Convention de Vienne et du droit OHADA particulièrement l'AUDCG. La réforme de l'AUDC en 2010 permet encore de mieux montrer les points de ressemblance avec la CVIM.

¹⁶¹³ Zhiguang TONG, « The Development of China and World Trade », 40 *Journal of World Trade*, 2006, p. 129 et s.

¹⁶¹⁴ La justification de cette idée provient de L. CHOUKROUNE, « L'internationalisation du droit chinois des affaires », *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, 2003, p. 503. Ou encore du même auteur, « Chine-OMC. L'état de droit par l'ouverture au commerce international ? », *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, 2002, p. 655.

¹⁶¹⁵ Zhiguang TONG, *Ibid.*, p. 132 et s.

[653] Étienne LE ROY préconisait la mise sur pied d'un nouveau droit du développement qui « au lieu d'appliquer le droit de type occidental [...] consiste à emprunter au passé les cadres fondamentaux de la pensée juridique africaine et à en adapter le contenu aux techniques modernes du développement économique et social »¹⁶¹⁶. Sans avoir retenu cette solution, nous ne nous en sommes pas moins inspirés pour la rédaction de cette section.

[654] Au-delà de ces questions importantes, l'orientation favorable du contexte africain pour une adoption d'un droit uniforme des contrats découle aussi de l'absence d'obstacles juridiques contrairement à l'harmonisation dans l'espace européen. En effet, dans le cadre de l'OHADA, le droit des contrats faisait déjà partie des matières destinées à être harmonisées¹⁶¹⁷. L'une des précisions à apporter est relative au fait que dans le cadre de l'OHADA, seul le droit des contrats (droit commun, droit de la preuve et droit de la consommation) est à harmoniser alors que dans l'Union européenne, l'objectif est plus large et s'étend à tout le droit civil y compris le droit des personnes et de la famille etc. Loin de constituer une limite au contexte africain, cette réalité est plutôt révélatrice du réalisme du législateur de l'OHADA qui ne prend pas le risque de trop embrasser des matières au détriment de la qualité.

[655] On note aussi que la réalisation du marché commun et la progression vers le marché intérieur sont possibles et se poursuivent grâce à la mise en place du processus d'interprétation et d'application uniforme du droit. Une institution juridictionnelle et supranationale d'interprétation de la législation communautaire est indispensable à cet effet. C'est ce que précisait le professeur Philippe Malaurie dans une chronique dans le *Jurisclasseur périodique français*. Il « faudra aussi instaurer une Cour européenne du droit

¹⁶¹⁶ Étienne LE ROY, « Droit et développement en Afrique noire francophone après dix années d'indépendance politique », *Revue Sénégalaise de droit*, Mars 1971, n° 9, p. 54 et s., spéc. p. 67.

¹⁶¹⁷ Le Conseil des Ministres de l'OHADA, conformément aux prévisions de l'article 2 du Traité fondateur a en effet procédé à une extension des matières à harmoniser en y ajoutant entre autres le droit des contrats.

des obligations et des contrats qui assurera l'unicité dans l'interprétation du droit, afin d'empêcher les divergences résultant des interprétations nationales »¹⁶¹⁸. À ce propos encore, une avancée avantageuse de l'OHADA contrairement à l'UE est qu'une telle institution existe déjà, fonctionne et est effective avec plus de trois milles (3000)¹⁶¹⁹ décisions répertoriées à ce jour à son actif. Il s'agit bien évidemment de la CCJA de l'OHADA.

[656] Concernant la méthode¹⁶²⁰ à employer, on a eu vent d'une idée de simple *soft law* non contraignante qui a émané de la Commission notamment lorsque dans sa communication elle parle de « *principes non contraignants, communs de droit des contrats, utiles aux parties contractantes au stade de la rédaction de leurs contrats, aux tribunaux et arbitres nationaux ainsi qu'aux législateurs nationaux* ». C'est une première possibilité lancée et qui fait écho nous semble-t-il au succès des Principes UNIDROIT dont s'inspire le législateur de l'OHADA. Mais à la différence de la Commission européenne, le législateur de l'OHADA a prévu qu'il s'agirait d'un Acte uniforme s'inspirant des Principes, mais contraignant et directement applicable dans ses dix-sept (17) États membres.

[657] Une deuxième méthode semble être perçue à travers la proposition d'un instrument communautaire qui offrirait des combinaisons entre « la nature de l'acte à adopter (règlement, directive ou recommandation), la relation avec la législation nationale (qui pourrait être remplacée ou qui pourrait coexister), la question des règles obligatoires [...],

¹⁶¹⁸ Philippe MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte », JCP n° 6 du 6 février 2002, Doctrine, I 110, p. 284.

¹⁶¹⁹ Voir le site de l'UNIDA, partenaire privilégié de l'OHADA www.ohada.com où ces décisions de la CCJA sont répertoriées. On peut aussi consulter utilement le *Répertoire quinquénal OHADA 2000-2005* du professeur Joseph Issa SAYEGH. Voir aussi à toutes fins utiles le site de l'IDEF, www.institut-idef.org où existe un code IDEF/OHADA commenté qui répertorie aussi les décisions en question.

¹⁶²⁰ Nos développements relatifs à la méthode s'inspirent en partie des réflexions sur cette question de Nicolas CHARBIT, « L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », JCP 2002 Éd. G., Doctrine I 100, p. 9 et s., spéc. p. 13.

si les parties contractantes choisissent d'appliquer l'instrument communautaire ou si les règles européennes s'appliquent automatiquement comme un filet de sécurité de dispositions conservatoires au cas où les parties contractantes ne parviendraient pas à une solution spécifique »¹⁶²¹.

[658] Certains parlent de simple rapprochement des législations contractuelles nationales afin de cerner et coordonner ce qui n'est pas prévu au moment de l'adoption. D'autres veulent recourir à l'instrument d'une convention internationale. Mais comme le rappelle à juste titre Nicolas Charbit à propos desdites conventions internationales, « on sait les risques et les délais inhérents à une telle voie : sur les 16 conventions et protocoles conclus dans le cadre de l'Union, seules trois sont entrées en vigueur ».

[659] La méthode la plus ambitieuse et évidemment plus difficile à atteindre est celle d'un Code civil européen unique, détaillé et contraignant¹⁶²². La quasi-impossibilité de cette œuvre unificatrice dans l'Union européenne peut s'expliquer par le fait qu'un Code civil est un instrument que l'histoire a reconnu précéder une Nation. Et les récents événements entourant le projet de constitution européenne nous prouvent bien au-delà de toute démonstration que l'Europe est loin de former une Nation¹⁶²³. N'étant pas prêt d'être un peuple, elle ne saurait prétendre être une Nation et pourrait difficilement réussir l'exploit d'édifier un Code civil unique européen¹⁶²⁴. Et si par extraordinaire, certains la définissait comme une Nation, la conjoncture politique européenne actuelle ne permet une telle entreprise de codification unique.

¹⁶²¹ Nicolas CHARBIT, *Ibid.*, pp. 12 et 13.

¹⁶²² Sur la possibilité de la chose, V. en général avec de nombreuses références internationales, l'ouvrage collectif de Arthur HARTKAMP, Martinj HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Chantal MAK et Edgar du PERRON (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 4^{ème} éd., Wolters Kluwer, Law and Business. Plus particulièrement avec des références françaises et européennes, V. Philippe MALAURIE, *Op. cit.* p. 285.

¹⁶²³ V. Yves LEQUETTE, « Le code européen est de retour », RDC, juillet 2011, p. 1028 – 1044, spéc. 1039 - 1041.

¹⁶²⁴ R. CABRILLAC, « L'avenir du code civil », JCP G 2004, I, 121 qui affirme à juste titre que « la Nation doit précéder le Code et non l'inverse ».

[660] L'Afrique, tout en ne constituant pas encore une Nation elle non plus, n'en demeure pas moins plus avancée que son homologue européen quant aux liens séculaires partagés entre les États de l'OHADA dans un premier temps et les États africains en général. Le territoire concerné est facilement rattachable et ses limites géographiques sont connues contrairement au cas européen où il est impossible de dire quand et où il s'arrêtera : l'exemple de l'idée d'une union pour la méditerranée et ses implications juridiques¹⁶²⁵ est assez éloquent à cet égard. Les populations africaines partagent aussi des valeurs, des cultes et une culture similaire qui les rapprochent du statut de Nation. Encore un autre élément démontrant que le processus est bien plus favorable dans l'OHADA que dans l'UE.

[661] C'est en nous référant au professeur Malaurie, que nous essayerons de synthétiser, au détour d'une longue phrase, les lacunes de ce projet de droit civil européen, lacunes dont la plupart ne sont pas vérifiées dans l'espace de l'OHADA.

« [L]es perspectives de la Commission européenne sur l'harmonisation et la codification du droit civil européen des obligations et des contrats sont incertaines, sans inspiration politique forte, reposent sur une compétence juridique douteuse, [ne suivent aucune méthode juridique précise, prédéterminée ou déterminable à courts termes,] porteraient atteinte au pluralisme culturel de l'Europe et des nations qui la composent, n'apporteraient pas d'avantages économiques au développement des contrats - tout au contraire -, constitueraient un risque de pétrification du droit et causeraient une énorme et inutile secousse intellectuelle aux habitudes juridiques. »¹⁶²⁶.

[662] Autant de faits concrets qui permettent de se rendre compte de la faisabilité et des avancées futures possibles du projet d'AUDC OHADA, contrairement à l'exemple

¹⁶²⁵ Voir les nombreuses contributions à ce sujet dans Filali OSMAN (Dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea. Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la méditerranée*, Bruylant, Bruxelles, 2011 incluant celle portant sur le droit des contrats OHADA écrite par le Pr Emmanuel Darankoum et abondamment citée dans cette thèse.

¹⁶²⁶ Philippe MALAURIE, *Op. cit.*, p. 402.

européen. Ce qui en réalité constitue un frein à cette œuvre est beaucoup plus difficile à cerner en termes factuels. Cette réalité du terrain est plus insidieuse tellement elle touche le vécu et le ressenti intérieur des juristes africains actuels. Il s'agit de la crainte compréhensible que représente ce *common law* contractuel pour le juriste africain, majoritairement de tradition romano-germanique pour ne pas dire de tradition civiliste française pour ce qui est de la plupart des pays actuellement membres de l'OHADA. Cette réalité peut s'expliquer par un choc de civilisation juridique à l'intérieur des juristes actuels de droit OHADA et de la jeune génération des juristes qui est cosmopolite et plus globalisée. En effet, on comprend fort bien que le *common law* soit pour les juristes actuels un mystère même si des travaux de droit comparé existent et émaillent la doctrine africaine. Mais face à l'inconnu la première réaction de l'humain est la méfiance, la retenue et c'est pourquoi l'attitude actuelle, la quasi-fronde juridique menée contre ce projet est comprise. Mais passé cette étape explicative et compréhensive, c'est à juste titre là que réside le problème puisque le but est de faire comprendre qu'au-delà de cette crainte justifiée, il y a lieu de ne pas entraîner une stagnation intellectuelle qui découlerait d'un refus catégorique de remise en question. Les progrès ou révolutions scientifiques¹⁶²⁷ n'ont été permis que par des remises en question et ces dernières sont utiles pour l'élaboration actuelle de notre futur droit des contrats africains des affaires. C'est selon nous, ce dont voulait rendre compte le professeur Legrand lorsqu'il affirmait que dans une telle occurrence, la tendance de l'individu est d'ignorer l'inconnu ou d'en minimiser la portée¹⁶²⁸.

¹⁶²⁷ Thomas KHUN, « La structure des révolutions scientifiques », Article inclus dans le Recueil de textes du cours de Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Séminaire général de Doctorat 2008/2009*, Université de Montréal, Inédit.

¹⁶²⁸ Pierre LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », RIDC, n°3, juillet-septembre 1996, p. 801 et 802.

[663] Faisant appel cette fois-ci à la psychologie cognitive¹⁶²⁹, il poursuit que dans la quête des similarités et des différences, l'existence d'une différence sera d'autant mieux acceptée qu'elle permettra la *mise en valeur de l'individu* (nos soulignements) à ses propres yeux et aux yeux d'autrui. Mais dans notre cas, il ne s'agit pas de rapports personnels entre deux individus mais de l'intérêt de tout un continent et c'est en cela que la réflexion est intéressante puisqu'elle nous permet de situer la portée exacte de la problématique. Il s'agit pour les juristes et décideurs africains, de se demander en quoi cette ouverture au bijuridisme, au *common law*, à l'étranger permettra *une mise en valeur du continent africain*.

B- La construction d'un marché communautaire africain attractif par l'OHADA

« Le droit resterait comme un mécanisme tournant à vide s'il n'était constamment approvisionné et nourri de la substance économique »¹⁶³⁰.

[664] François GénY ne pouvait pas si bien dire lorsqu'il rapprochait dans une vision finaliste, le droit de l'économie. Effectivement ce qui donne sa raison d'être à toute cette réforme du droit des contrats est l'ambition d'essor économique¹⁶³¹ qui passe par

¹⁶²⁹ Geneviève VINSONNEAU, « Appartenances culturelles [,] inégalités sociales et procédés cognitifs en jeu dans les comparaisons inter-personnelles », *Bulletin de psychologie*, 1994, tome XVIII, n° 419, p. 422; cité par P. LEGRAND, *Id.*

¹⁶³⁰ François GENY cité par P. VASILESCO, *L'oeuvre de F. GENY et ses résultats*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Recueil Sirey, 1981, tome II, p. 57.

¹⁶³¹ En réalité par essor économique on entend « développement ». V. en ce sens la contribution de l'OHADA et de l'UEMOA au développement de l'Afrique de l'Ouest tel que le démontre Donald Jean Marc NGUESSAN, *Développement et intégration régionale en Afrique de l'Ouest : analyse des contributions de*

l'intégration juridique. Même s'il faut garder à l'esprit que « [l']OHADA n'est pas une union économique et son objectif premier n'est pas la création d'un marché commun comme ce fut le cas, à l'origine, avec la Communauté Économique Européenne ». Cependant, reconnaître la vocation techniquement juridique de l'OHADA à l'origine n'équivaut pas non plus à figer l'institution dans cette carapace de l'intégration juridique qui, au demeurant de nos jours, est indissociable de l'intégration économique africaine. Le droit est indissociable de l'économie¹⁶³².

[665] C'est dans cette verve que Kéba Mbaye, le « père de la réforme OHADA », comme certains ont pu l'appeler, avait formulé cette phrase devenue célèbre : « l'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance »¹⁶³³. La reconnaissance de cette logique expansionniste de l'Organisation - que nous avons déjà pu démontrer antérieurement - est en partie rejetée par les professeurs Pougoué et Kalieu Élongo¹⁶³⁴ d'une bien étrange façon. En effet, ils prônent que le champ d'application de l'OHADA soit étendu au droit de la concurrence et au droit bancaire en précisant que la « réglementation de la concurrence surtout en droit communautaire a pour objectif de parachever la mise en place d'une union économique. Et, contre toute attente, ils affirment que pour effectuer cette expansion, il faut au préalable modifier le Traité fondateur de l'OHADA afin que la mise en place d'un marché commun soit expressément considérée comme un objectif à atteindre. À notre avis, cette volonté d'établissement d'un

l'OHADA et de l'UEMOA, Thèse de doctorat, Université de Reims-Champagne Ardenne, 2010. Pour cet auteur l'intégration juridique régionale est un préalable au développement de cet espace.

¹⁶³² Horatia MUIR WATT, « Law and economics »: quel apport pour le droit international privé? », in *Le contrat au début du 21^e siècle. Études offertes à J. GHESTIN*, L.G.D.J., 2001, p. 693; en matière de responsabilité civile, on a la thèse de Gregory MAÎTRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, *Coll. Droit et économie* qui nous montre l'apport de cette méthode plus d'essence économique que juridique.

¹⁶³³ Célèbre phrase de feu juge Kéba MBAYE qui avait dirigé avec deux autres juristes la mission chargée de d'étudier la faisabilité du projet d'harmonisation juridique du droit des affaires des pays d'Afrique de l'Ouest ayant le français en partage et figurant sur tous les dépliants et prospectus de l'OHADA.

¹⁶³⁴ Voir POUGOUÉ et KALIEU ELONGO, *Op. cit.*, p. 10, spéc. p. 85 et s.

marché commun notamment d'une intégration économique par une harmonisation juridique, découle du Préambule du Traité fondateur¹⁶³⁵. Il n'est donc pas besoin de modifier le Traité fondateur pour que l'AUDC soit rédigé en prenant en compte cette aspiration.

[666] L'OHADA concourt à l'intégration économique, à la constitution d'un marché communautaire attractif. L'attractivité se définissant comme la « capacité d'une entreprise, d'une région ou d'une nation à conserver ou à améliorer sa position face à la concurrence des autres unités économiques comparables »¹⁶³⁶, on peut retenir avec Joseph Kamga¹⁶³⁷ que l'espace OHADA concourt à cet état de choses.

[667] Parlant d'espace, pour être plus précis, on retient le concept de compétitivité qui nous permet d'affirmer que l'OHADA produit « des services [juridiques] qui satisfont au test de la concurrence sur les marchés internationaux et [contribue] à augmenter de façon durable le niveau de vie de la population »¹⁶³⁸. Et si par extraordinaire, ce n'était pas le cas, l'analyse de l'expérience européenne déjà entreprise suffit à montrer la pertinence d'orienter l'œuvre d'uniformisation de l'OHADA au service de la réalisation d'un marché communautaire unique et attractif en Afrique.

[668] À la lumière des développements de la subdivision précédente (A-), on peut comprendre que certains auteurs ait relevé une opposition drastique entre la démarche de l'OHADA et celle de l'Union Européenne. Toutefois, nous pensons que plutôt que d'y voir

¹⁶³⁵ Quelques extraits pertinents à cet effet : - Réaffirmant leur engagement en faveur de l'institution d'une communauté économique africaine (nos soulignements); - Convaincus que l'appartenance à la zone franc, facteur de stabilité économique et monétaire constitue un atout majeur pour la réalisation progressive de leur intégration économique et que cette intégration doit également être poursuivie dans un cadre africain plus large (nos soulignements); pour ne citer que ceux-là.

¹⁶³⁶ Bertrand DU MARAIS, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale », *Droit et patrimoine*, n° 170, Mai 2008, p. 38.

¹⁶³⁷ Joseph KAMGA, « L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les états-parties », *Revue des juristes de Sciences Po*, Hiver 2012, n° 5, *Dossier*, pp. 43 – 51.

¹⁶³⁸ Paraphrase de la définition de la compétitivité fournie par Joseph KAMGA, *op. cit.* qui citait Bertrand DU MARAIS, *op. cit.*, p. 38.

une opposition certaine, on devrait imaginer la seconde (OHADA) comme le reflet inversé de la première (UE). En effet, l'Afrique a commencé par une spécificité (l'uniformisation juridique) qui s'est imposée à l'Europe en plein parcours et pour laquelle elle n'avait pas prévu les textes adéquats et les instruments appropriés. L'Afrique tout en visant à long terme une intégration économique et un marché unique a procédé en commençant plutôt par le volet juridique, quitte à atteindre progressivement celui économique. Cette chronologie est actuellement un avantage crucial quand on sait que l'Europe désire ardemment harmoniser son droit des contrats au complet et que divers obstacles s'heurtent à elle contrairement à l'OHADA. En ce sens, l'action entreprise par l'OHADA à ce jour est déjà une pierre majeure posée dans la construction de l'édifice mercantile communautaire africain.

[669] Il est ressorti des analyses précédentes que le modèle de l'Union européenne ne devait plus être perçu comme l'unique modèle à suivre dans le contexte africain. Au contraire, sans exagération aucune, sur le plan de la technique, on peut se targuer de constituer une avancée notoire avec le modèle de l'OHADA. Ceci dit, il ne faudrait pas penser pouvoir se passer des expériences étrangères puisque sur le plan du fonctionnement de l'ensemble, l'OHADA demeure jeune et doit apprendre des autres organisations existantes. C'est notamment le cas avec l'exemple canadien de bijuridisme qui, même s'il recèle de nombreuses divergences fondamentales, de même qu'une évolution saccadée et propre, n'en demeure pas moins une référence à plusieurs égards pour le fonctionnement de l'OHADA (**Section 2**).

Section 2 : Les leçons du bijuridisme canadien pour une effectivité du futur droit OHADA des contrats

[670] A ce stade, plutôt que de rester cantonné à cette seule expérience comparative européenne, nous irons chercher les leçons que l'OHADA pourrait tirer de l'expérience bijuridique d'harmonisation des législations au Canada afin de concrétiser ce droit et ce marché en gestation (**Paragraphe 1**). Cette comparaison a, entre autres raisons, le mérite de révéler qu'il demeure un pan de règles juridiques non encore objet de cette harmonisation mais primordial pour les fins visées. En effet, s'agira-t-il de rester confiné uniquement au droit commun général des contrats ou faudra-t-il penser à d'autres contrats plus sectoriels mais à l'impact plus significatif sur la construction du marché communautaire africain (**Paragraphe 2**)?

Paragraphe 1 : Les apports du bijuridisme canadien

[671] Ces apports du bijuridisme canadien, possibles pour les uns et avérés pour les autres, seront saisis d'une part à travers le caractère opérationnel de la technique législative canadienne (**A-**). Cette technique a su notamment concilier les deux systèmes juridiques majeurs en présence à savoir le *common law* et le droit civil du Québec. D'autre part, l'effectivité de cette contribution canadienne pourra être perçue à travers les rapports qu'entretient le Code civil du Québec avec l'AUDC (**B-**).

A- La technique législative opérationnelle du bijuridisme canadien

[672] L'uniformisation du droit OHADA des contrats devrait être la porte ouverte à la « *coexistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français* », ce que l'honorable Michel Bastarache¹⁶³⁹ de la Cour suprême du Canada appelle bijuridisme ou bijuralisme. Que revêtent ces concepts?

[673] Sur la base d'une distinction opérée par le professeur Gaudreault DesBiens¹⁶⁴⁰, nous souhaitons attirer l'attention sur l'importance de distinguer entre *bijuridisme institutionnel* et *bijuridisme culturel*¹⁶⁴¹, que nous qualifions dans le contexte africain de bijuridisme informel¹⁶⁴². Objet de nombreux écrits¹⁶⁴³, le bijuridisme ou bijuralisme selon les termes de l'honorable Michel Bastarache¹⁶⁴⁴ désigne « la coexistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français dans un pays possédant un droit fédéral ».

[674] La compréhension du bijuridisme appelle aussi l'analyse de la notion de "droit mixte". Elle désigne :

¹⁶³⁹ Michel BASTARACHE, Juge à la cour Suprême du Canada, citation tirée de : *Lebijuridisme au Canada* et faite par Louise Maguire WELLINGTON dans son article : *Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation. Extrait du discours de l'honorable, prononcé lors d'un déjeuner causerie sur "le bijuridisme et le pouvoir judiciaire"* le 04 février 2000.

¹⁶⁴⁰ Jean-François GAUDREULT-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

¹⁶⁴¹ Voir J.-F. GAUDREULT DESBIENS, *id.*, p. 7 et s. pour une distinction entre ces deux formes de bijuridisme.

¹⁶⁴² Le bijuridisme informel à notre sens serait la réalité sociologique propre à un espace géographique et qui permet de constater la coexistence de deux traditions juridiques sans que cet état de choses ne soit encore institutionnalisé c'est-à-dire constaté et régi par le droit. Nous pensons que l'OHADA présente non pas simplement un bijuridisme informel mais un plurijuridisme informel qu'il faudra caractériser.

¹⁶⁴³ Voir en ligne, le site *Bijurilex* du ministère de la justice, www.justice.gc.ca/fra/bijurilex/index.html, consulté le 10 novembre 2012; *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien : recueil d'études*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 1997; Jean-Maurice BRISSON et André MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », 1996, 75, 2 R. du B. Can 297 ; Jean-Maurice BRISSON, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », 1992, 52, 2 R. du B. 345.

¹⁶⁴⁴ Michel BASTARACHE, Juge à la cour Suprême du Canada, citation tirée de : *Lebijuridisme au Canada* et faite par Louise Maguire Wellington dans son article : *Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation. Extrait du discours de l'honorable, prononcé lors d'un déjeuner causerie sur "le bijuridisme et le pouvoir judiciaire"* le 04 février 2000.

« ... un droit dont les institutions émanent de systèmes juridiques différents et résultent de l'application cumulative ou de l'interaction de techniques qui appartiennent à ces systèmes. Deux systèmes de droit peuvent en effet coexister au sein d'un même État sans qu'ils interagissent auquel cas un tel État peut être qualifié de bijuridique mais ne connaît pas de droit mixte »¹⁶⁴⁵.

[675] La compréhension des déclinaisons du bijuridisme, est une des données de base, un des véhicules juridiques qu'il faudra utiliser pour atteindre les visées harmonisatrices voire « panafricanistes »¹⁶⁴⁶ de l'OHADA. Elle est un passage obligé vers le plurijuridisme ou multijuridisme¹⁶⁴⁷ africain à finalité économique que nous envisageons.

[676] Malgré les tensions¹⁶⁴⁸ et les discordances¹⁶⁴⁹ entre les deux traditions juridiques, le Canada¹⁶⁵⁰ demeure le seul État ayant réussi une telle harmonisation textuelle¹⁶⁵¹ et partant

¹⁶⁴⁵ In *Le bijuridisme au Canada : quelques considérations*, par Marie-Claude Gervais et Marie-France Séguin sur www.justice.gc.ca, consulté le 20 Avril 2009 à 12h.

¹⁶⁴⁶ Article 53 du Traité OHADA déjà cité antérieurement. Le panafricanisme peut être défini comme le mouvement [politique](#) et [culturel](#) qui vise à unir les Africains. Kwame Nkrumah (1909-1972) est considéré comme le père du panafricanisme. Il fut l'un des tous premiers à rêver d'une Afrique unie, comme les Etats-Unis. Le panafricanisme se distingue de l'afrocentrisme, qui s'appuie sur les travaux du scientifique sénégalais, Cheikh Anta Diop (1923-1986), qui par ce mouvement tente de réexaminer l'histoire de l'Afrique et sa diaspora d'un "point de vue africain" en s'opposant à l'[eurocentrisme](#). Source : Wikipédia, l'encyclopédie libre disponible sur <http://fr.wikipedia.org/wiki/Panafricanisme>, consulté le 20 Avril 2009 à 12h 45 minutes.

¹⁶⁴⁷ Voir notre 1^{ère} partie/Titre 2/Chapitre 1/Section 1/Paragraphe 1 sur la nature plurijuridique de l'OHADA où le multijuridisme a été caractérisé. Nous entrevoyons le multi ou plurijuridisme comme la coexistence de plusieurs (plus de deux) traditions juridiques dans un même espace géographique. Il est à distinguer du bijuridisme qui fait référence à deux traditions juridiques uniquement. Le pluralisme juridique aussi s'en éloigne puisqu'il est la coexistence de plusieurs sources et types de normativité dans un même espace géographique. V. John BORROWS, « Indigenous Legal Traditions in Canada », *Journal of Law and Policy*, 2005, Vol. 19, p. 167.

¹⁶⁴⁸ Ces tensions se notent particulièrement à propos de l'interprétation des normes fédérales canadiennes à la lumière du droit civil québécois et vice versa. C'est ce que démontre justement Aline GRENON dans son article, « Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins? Réflexion sur l'incidence de l'article 8.1 de la loi d'interprétation », *Rev. D. McGill*, 2011, Vol. 56, n° 4, p. 775 et s.

¹⁶⁴⁹ De nombreux auteurs ont tenté de saisir cette relation ambiguë et complexe : Jean Leclair, « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales "attractives" » dans Ysolde Gendreau, Dir., *Un cocktail de droit d'auteurs*, Montréal, Thémis, 2007, 25 ; France Allard, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme » dans Ministère de la Justice, dir, *Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2e publication, fascicule 3, Ottawa, Ministère de la Justice et Procureur général du Canada, 2001, en ligne : Ministère de la Justice <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/table.html>, consulté le 20 Avril 2009 à 13h 20 minutes; Guy Lefebvre, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec » (1997) 31 : 2 RJT 577 ; Rosalie Jukier et Roderick A Macdonald, « The New Quebec Civil Code and Recent Federal Law Reform Proposals: Rehabilitating Commercial Law in Quebec? » (1992) 20 Can Bus L J 380 aux pp 398-404 ; Roderick A Macdonald, « Provincial Law and Federal Commercial Law: Is "Atomic Slipper" a New

est le lieu par excellence pour une étude si ambitieuse : réunir sous l'égide de l'OHADA des pays de traditions *common law* et romano-germanique.

[677] Le Canada a notamment utilisé entre autres méthodes, la légistique dite formelle¹⁶⁵² qui lui aurait permis d'atteindre les résultats normatifs que l'on connaît en matière de bijuridisme. En effet, spécialement après l'entrée en vigueur¹⁶⁵³ du Code civil du Québec, le législateur canadien a recensé formellement toutes les lois canadiennes dont l'application pourrait exiger un recours au droit de la province du Québec et partant une possible interprétation du droit fédéral. L'objectif premier était de veiller à ce que les lois fédérales s'adaptent à celles provinciales en intégrant certaines notions et institutions du droit civil québécois.

[678] De l'avis de maître Marie Michèle Blouin¹⁶⁵⁴, deux méthodes d'élaboration ont présidé à l'élaboration du Code civil du Québec. Nous pensons que ces techniques peuvent en effet être bénéfiques sinon inspirantes pour le Continent africain et sa réforme du droit des contrats. En effet la première technique législative utilisée au Canada est celle de la « codification-innovation » alors que la seconde s'intitule la « codification-compilation ». Toutes ces deux techniques devraient servir de source d'inspiration à plusieurs égards pour le législateur OHADA. Pour la première, une innovation devrait imprégner le nouveau

Beginning? » (1991-1992) 7 BFLR 437 ; H Patrick Glenn, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans Ernest Caparros et al, (Dir.), dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 197.

¹⁶⁵⁰ Exemple de la *Loi Canadienne d'harmonisation n°1* (L.C 2001, ch. 4), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001. Elle vise à harmoniser le droit fédéral du Canada avec le droit civil du Québec. Elle modifie des lois pour que chaque version tienne compte du droit civil et de la *Common law*. La Canada est sur ce plan le seul pays au monde à avoir réussi l'harmonisation entre *common law* (droit fédéral du Canada) et droit civil (droit provincial du Québec).

¹⁶⁵¹ Par la suite il y a eu aussi la *Loi Canadienne d'harmonisation n°2*, (L.C. 2004, ch. 4)

¹⁶⁵² Richard TREMBLAY, *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Yvon Blais, Cowansville, 2010 ou encore Alexandre FLÜCKIGER et Jean-Daniel DELLEY, « L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique », dans *Le législateur et le droit privé*, Colloque en l'honneur du Professeur Gilles PETIT-PIERRE.

¹⁶⁵³ Le C.c.Q. est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

¹⁶⁵⁴ Marie Michèle BLOUIN, « Le nouveau code civil du Québec de 1994 », dans Bernard BEIGNIER (Dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1995, p. 167 et s., spéc. p. 170.

droit des contrats OHADA en ce qu'il devra comme dans le cas du Québec essayer d'intégrer de nouveaux concepts traduisant les « mutations profondes qu'a connues la société [africaine] depuis l'adoption [des premiers codes civils des indépendances], dans les rapports sociaux et familiaux, les valeurs, les connaissances, le contexte économique, la perspective nouvelle des rapports humains dans la société et une meilleure adéquation au présent »¹⁶⁵⁵. La méthode de codification-innovation a ainsi permis dans le cas québécois de reprendre plusieurs règles de droit antérieur et de les modifier, adapter au goût de l'époque. En péchant par simplicité, on peut caricaturer la codification-innovation en disant qu'il s'agit de tisser une nouvelle corde législative en se basant sur l'ancienne¹⁶⁵⁶.

[679] Pour ce qui est de la codification-compilation, elle permet théoriquement de faire un recensement des règles antérieures dont on doit alors à la suite faire un tri et un regroupement. Au Québec elle a pris corps à travers une reformulation de nombreuses terminologies anciennes et un emprunt de nouveaux concepts au *common law* canadien.

[680] Il ne faut pas perdre de vue aussi que des trois¹⁶⁵⁷ principes majeurs ayant guidé la rédaction du Code civil du Québec, deux sont tout à fait appropriés au contexte de l'OHADA. Le premier est le souci de traduire l'essence et la nature de la tradition civiliste surtout au regard de l'interprétation possible des dispositions du Code. À cela s'ajoute la transcription « des réalités actuelles de la société [africaine] permettant l'évolution sociale au moyen de règles souples qui tiennent compte de la diversité des situations humaines et sociales de même que l'intégration des développements scientifiques ou sociaux »¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁵ Voir les commentaires du ministre de la justice du Québec, Gil RÉMILLARD, *Le code civil du Québec*, t. 1, Les publications du Québec, 1993, p. VI.

¹⁶⁵⁶ La définition caricaturale est inspirée d'un proverbe africain qui veut que ce soit toujours « au bout de la vieille corde que l'on tisse la nouvelle ».

¹⁶⁵⁷ Le troisième principe majeur serait le souci de l'harmonisation des dispositions du Code civil du Québec avec la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. La référence expresse y est faite à travers la disposition préliminaire du Code civil du Québec.

¹⁶⁵⁸ Commentaires du Ministre de la justice, *ibid.*, p. VII.

[681] Heureusement que nous avons déjà pu exclure comme méthode de travail de l'OHADA le recours aux directives et règlements communautaires¹⁶⁵⁹ tels qu'ils sont appliqués dans l'espace européen. Notre recommandation est corroborée ici par l'exemple d'harmonisation entreprise en droit canadien et québécois des valeurs mobilières. Il est clair qu'actuellement il existe une législation unifiée en la matière¹⁶⁶⁰. Avant cette véritable réforme harmonisatrice, les autorités canadiennes en valeurs mobilières avaient, de concert avec l'Autorité des Marchés financiers, tenté une harmonisation à l'échelle administrative et réglementaire. Cette tentative s'est soldée par un fiasco total dû « au langage abscons et sybillin » de la réglementation élaborée par ces instances de régulation de même que « l'emploi souvent abusif de renvois, de dérogations... »¹⁶⁶¹. Les règlements même harmonisés n'ont donc pas permis au Canada en matière de valeur mobilière de poursuivre et atteindre efficacement l'harmonisation souhaitée en cette matière. Nous avons donc une confirmation si besoin était encore que la méthode indirecte n'est pas la bonne pour l'uniformisation du droit des affaires en Afrique. Même si les autorités communautaires africaines (UEMOA - CEMAC - CEDEAO) s'entendaient pour édicter des réglementations harmonisées, il est impératif que ces textes soient élaborés et coordonnés par une instance centralisée. C'est là l'une des leçons de cette comparaison qui justifie très bien le rejet des directives et règlements des modes d'harmonisation envisageables pour l'OHADA.

¹⁶⁵⁹ Partie 1/ Titre 2/ Chapitre 1/ Section1/ Paragraphe 2/ A-

¹⁶⁶⁰ Lois d'harmonisation n° 1, 2 et 3 du droit civil avec le droit fédéral; Voir aussi la proposition de révision en vue de l'harmonisation de la loi canadienne sur les sociétés par actions avec le droit civil québécois, débattu dans *Revue juridique Themis*, Vol 42, 2008, num 1 – 2.

¹⁶⁶¹ Pour une critique acerbe de cette tentative administrative de réglementation des valeurs mobilières, Voir Jean-Luc BILODEAU, « La sécurité juridique et l'efficacité des marchés : le cas de l'autorité des marchés financiers », *La revue du notariat*, Vol. 110, septembre 2008, p. 431 et 433.

[682] Ces éléments de comparaison formels des deux textes ne sont qu'un prélude aux nombreuses autres leçons que peut tirer l'OHADA de l'expérience d'harmonisation ayant conduit à une mixité¹⁶⁶² du droit civil et du *common law* au Québec.

B- Le Code civil du Québec et l'AUDC

[683] De l'expérience québécoise, un auteur¹⁶⁶³ prédisait et c'est aussi ce que nous faisons pour l'OHADA, qu'il est possible que « la mise en forme [de l'AUDC], forgé à partir de sources éclectiques se traduirait par une confiance et une maturité nouvelle de l'ordre juridique [africain], et ouvrirait la porte à des pratiques interprétatives plus curieuses et moins sédentaires. »¹⁶⁶⁴. Certes le *common law* anglo-canadien occupe une place à part dans les sources du Code civil du Québec mais ceci ne suffit pas à affirmer que le Québec a procédé à une redynamisation de ses sources interprétatives. Au contraire, l'expérience québécoise nous enseigne le contraire. L'entrée en vigueur du Code civil du Québec a renforcé l'étanchéité du droit civil québécois. Le premier constat à tirer pour l'OHADA est donc que les défenseurs du fondement civiliste de l'OHADA n'ont aucune crainte à avoir de l'AUDC qui puise ses sources d'un peu partout mais aussi du *common law*. C'est l'effet contraire renforçant le droit civil qui pourrait être remarqué. Ceci s'explique par les idéologies existant en droit québécois et présentant le *common law* comme un droit étranger au Québec. C'est ce que tente de faire justement la Fondation de Droit continental pour ce qui est de l'AUDC.

¹⁶⁶² Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la *common law* et la complétude du droit civil au Québec », *Revue du Barreau Canadien*, n° spécial 15^{ième} anniversaire du Code civil du Québec, Vol. 88, 2009, n° 2, p. 246 et s.

¹⁶⁶³ H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Journées Maximilien Caron, Le nouveau Code civil : interprétation et application : les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 175 – 196, spéc. p. 182.

¹⁶⁶⁴ Paraphrase de Daniel JUTRAS, *Id.*, p. 248.

[684] Nous restons convaincus qu'au lieu de rechercher une intégrité¹⁶⁶⁵ du droit civil OHADA, ou comme l'a fait le Québec de vouloir renforcer la résistance¹⁶⁶⁶ du droit civil québécois, mieux d'exacerber le ressentiment¹⁶⁶⁷ éprouvé à l'égard du *common law*, il faudrait œuvrer pour une mixité des deux traditions juridiques qui viendraient se greffer à la culture contractuelle africaine. Le résultat ne pourrait qu'être salubre à plusieurs égards.

[685] D'abord quant à l'interprétation du droit africain des affaires, on assisterait à des conclusions et des contextualisations louables qui emprunteraient au meilleur des mondes en tenant compte des réalités locales propres à chaque espace géographique ou pays membres.

[686] Ensuite quant à l'évolution du droit, l'interprète de droit OHADA a une panoplie de sources qui enrichissent ses analyses et lui ouvrent de nouveaux horizons. Son unique but étant de ramener les principes comparés au goût des réalités locales et c'est là tout le mérite de l'emprunt.

[687] Enfin, quant au contenu du Code civil québécois, l'un des avantages de cette ouverture comparative est le maintien de l'essence civiliste du Québec alors que le Code

¹⁶⁶⁵ Cette intégrité découle de l'unique rattachement « génétique » aveugle que font certains entre droit OHADA et tradition civiliste française sans tenir aucune ment compte des objectifs de développement prônés par l'OHADA et des valeurs et particularités africaines qui devraient faire l'essence de la réforme. Ne parlons même pas des particularités de *common law* camerounais qui à eux seuls devraient suffire à ôter toute pertinence à cette analyse. Ce rattachement est aveugle à partir du moment où il refuse tout emprunt de principes ou de concepts quels qu'ils soient à un système différent du droit civil. Cette idée part de la certitude de la pureté du système qu'on ne voudrait pas voir pollué par ces notions étrangères. On oublie que le système OHADA en entier est construit de manière singulière et que les références aux droits internationaux sont nombreuses. Pour preuve, Michel Filiga SAWADOGO, « La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification d'OHADA », *Rev. dr. int. et dr. comp.* 2008-2/3, p. 307. Pour des développements similaires à propos du Code civil du Québec, V. Daniel JUTRAS, *Ibid.*, p. 249.

¹⁶⁶⁶ Cette figure est plus propre au cas québécois dont le droit civil est un fragile mais indomptable îlot de tradition civiliste dans un espace de *common law*. V. Daniel JUTRAS, *Op. cit.*, p. 250.

¹⁶⁶⁷ Ce ressentiment s'explique dans le cas québécois (Daniel JUTRAS, *Op. cit.*, p. 250) par le fait que les influences ne sont pas réciproques. Il est patent dans l'espace OHADA également puisque seuls des États majoritairement de droit civiliste s'inspireraient de tradition *common law*. On oublie assez vite que cette ouverture partielle va attirer des États de *common law* et partant renforcer les tissus des échanges intra-communautaires OHADA c'est-à-dire avoir un impact sur la croissance économique, objectif de l'OHADA.

civil s'ouvre tout de même à l'influence du *common law* britannique et nord-américain en général. L'OHADA essentiellement civiliste n'a donc rien à craindre sous cet angle là.

[688] A titre d'exemples, nous pouvons mentionner la fiducie¹⁶⁶⁸ qui a intégré le Code civil du Québec pour suivre son pendant de *common law* qui est le *trust*¹⁶⁶⁹. Elle a cependant suivi une trajectoire propre en droit civil québécois¹⁶⁷⁰. L'hypothèque mobilière¹⁶⁷¹, a aussi investi les dispositions du Code civil du Québec sur inspiration de la *common law*.

[689] On pourra aussi mentionner dans cette liste de principes contractuels empruntés à la *common law* en respectant la spécificité québécoise, celui de la vérification des testaments¹⁶⁷² trouvant son origine dans le « hearsay » du droit anglais. En Afrique par exemple, on sait tous qu'il est difficile pour les personnes illettrées de pouvoir effectuer à temps, à l'avance et en respectant les règles de forme, un testament. Il apparaît alors que le suivi de la tendance expresse de *common law* qui laisse la liberté dans la rédaction du testament est une pratique séduisante à plus d'un titre¹⁶⁷³. Le Québec en codifiant la possibilité de faire un testament devant témoins¹⁶⁷⁴, non seulement maintenait sa teneur civiliste, mais prenait en compte aussi une réalité sociale propre et forte tout en s'ouvrant à une pratique étrangère de *common law*.

¹⁶⁶⁸ Articles 1260 à 1298 du C.c.Q.

¹⁶⁶⁹ Sur la comparaison des deux notions, V. Les Actes du 3^{ème} Colloque de Luxembourg en mai 1989 portant sur *La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones*, Rev. Juridique et politique Indépendance et coopération, 41^{ème} année, n° 2, Mai-sept. 1990, 369 pp.

¹⁶⁷⁰ En droit québécois par exemple, c'est l'idée du patrimoine d'affectation, inconnue du droit anglais qui la singularise.

¹⁶⁷¹ Article 2660 C.c.Q.

¹⁶⁷² Article 772 C.c.Q.

¹⁶⁷³ Elle doit cependant se coupler aux questions sociologiques de falsification possibles de testament qui viendraient avec. L'exigence de forme venait aussi et surtout à des fins de protection de cet acte important que constitue le testament contre les potentiels bénéficiaires, animées de mauvaise intention.

¹⁶⁷⁴ Voir les articles 727 à 730 du C.c.Q.

[690] Prioriser une meilleure clarté, prévisibilité et intelligibilité de la loi afin d'éviter qu'on ne doive l'interpréter ou réduire les risques de confusion possibles durant son interprétation pour cette raison.

[691] Il est évident que ce faisant, cette méthode légistique a contribué au Canada à la clarté des textes, à améliorer l'accès à la justice, à une meilleure sécurité juridique ainsi qu'une meilleure prévisibilité juridique. Le Code civil du Québec est un exemple de codification qui s'adapte aisément comme îlot civiliste au sein d'un océan de *common law* canadien. Étant inspiré des Principes UNIDROIT comme l'AUDC, ce Code civil québécois, confirme que l'AUDC est « *common law friendly* »¹⁶⁷⁵ pour reprendre l'expression d'un auteur¹⁶⁷⁶.

[692] La compatibilité droit civil OHADA et *common law* anglaise africaine n'est cependant pas encore un gage de formation d'un marché communautaire africain. Il faille que des matières clés propres à cette fin soient harmonisées à la suite du droit commun des contrats et pas le contraire. En langage proverbial africain, *il ne faut pas mettre les charrues avant les bœufs*¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁵ Pour signifier que l'AUDC est compatible avec les fondements civilistes du droit des contrats OHADA.

¹⁶⁷⁶ Justin MELONG, « Towards the Harmonization of Contract Law in OHADA Member States: the *Common Law* Experience », dans Actes du Colloque international de Libreville sur *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, du 26 au 28 octobre 2011 à Libreville au Gabon, Publications de l'ERSUMA, juin 2012.

¹⁶⁷⁷ Expression attribuée à la sagesse française (<http://www.linternaute.com/proverbe/403/il-ne-faut-pas-mettre-la-charrue-avant-les-boeufs/>, consulté le 02 décembre 2012 mais qui est également propre à l'Afrique par exemple au Bénin pour citer un exemple que nous maîtrisons mieux. Les populations aisées de ces contrées africaines utilisent les bœufs et la charrue pour cultiver leurs champs. Il est impossible cependant de labourer son champ en poussant la charrue plutôt que la faire tirer! Les boeufs tirent la charrue mais ne peuvent la pousser. Et mettre la charrue "devant" les boeufs revient à ne pas pouvoir labourer son champ alors qu'on a tous les éléments nécessaires pour y arriver et jouir du fruit de ses efforts plus tard. C'est le même problème avec l'OHADA qui risque malgré qu'elle a tous les atouts, de ne pouvoir harmoniser comme il faut son droit des contrats simplement parce qu'elle aura mal procédé à l'agencement, à l'ordre des priorités.

Paragraphe 2: Un droit commun des obligations indispensable pour une harmonisation des contrats spécifiques d'affaires

[693] L'exemple canadien et québécois est édifiant à plusieurs titres. Non seulement nous instruit-il quant à la vision finaliste du droit par rapport à l'économie, mais il nous rappelle aussi qu'en matière de droit des contrats, procéder comme ce fut le cas dans l'espace européen en allant directement à certains contrats spécifiques est contre-productif (B-). En effet, l'harmonisation des contrats spécifiques d'affaires est indispensable et les exemples québécois de lois spéciales sont là pour le démontrer. Toutefois, le succès canadien et l'échec européen en la matière font sonner l'alarme pour ce qui est de la démarche du législateur OHADA (A-).

A- L'intérêt renouvelé d'un droit commun des obligations

[694] Eviter « les approches trop globalisantes qui participent à la fois de la théorie générale et du droit spécial de type droit des contrats ou droit de la preuve »! Résumé en une phrase, c'est en ces termes que la réunion de forces vives de l'OHADA tenu à Douala en 2007¹⁶⁷⁸ a implicitement sonné le glas du projet Fontaine, ignorant que Xavier Henry écrivait à juste titre : « pour innover et élaborer une réforme, d'ampleur, une approche globale est indispensable »¹⁶⁷⁹. En effet, c'est à la suite de cette réunion des forces vives¹⁶⁸⁰ de l'OHADA que le Conseil des Ministres subséquent et celui tenu à Bissau en juin 2011

¹⁶⁷⁸ Réunion des forces vives de l'OHADA tenue à Douala du 08 au 10 novembre 2007.

¹⁶⁷⁹ Xavier HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats ... et ses commentaires », Recueil Dalloz, 2009, n° 1, Etudes et commentaires, p. 28-29, spéc. p. 28.

¹⁶⁸⁰ Sous forme de tradition actuellement, chaque Conseil des ministres est précédé d'une Réunion des Forces vives de l'OHADA qui réunit les commissions nationales OHADA, les experts et partenaires techniques de l'OHADA ainsi que les représentants des institutions de l'Organisation. Cette réunion table sur les sujets à l'ordre du jour du Conseil des ministres en même temps qu'elle définit sur la base de rapports d'experts les orientations à suggérer au Conseil des ministres subséquent.

ont officiellement demandé au Secrétaire Permanent de faire entreprendre des études en vue de l'harmonisation des contrats spécifiques d'affaires¹⁶⁸¹. Il fallait éviter les matières transversales qui justement forgent le ciment d'une réforme! A la base de cette vindicte juridique, les Cours suprêmes nationales qui voyaient dans le caractère transversal du droit des contrats une perte majeure de compétence. C'est donc sur l'autel, à minima, de considérations d'organisation judiciaire, et, à maxima, de querelles politiques, que la question technique de l'harmonisation du droit des contrats a été sacrifiée.

[695] Il ne s'agit aucunement ici de défendre le projet Fontaine - qui au demeurant a ses lacunes congénitales - mais plutôt de proposer ce qui, en matière contractuelle, nous semble mieux s'inscrire dans la dynamique de l'intégration juridique.

[696] Qu'à cela ne tienne, nous reviendrons ici sur ces considérations techniques en faisant fi des réalités politiques qui ne devraient pas entraver la marche inéluctable vers cette intégration juridique étant entendu que nous restons convaincus qu'elle est l'une des étapes pour une intégration économique salubre pour le continent africain.

[697] Le droit commun des contrats, oui mais encore plus, le droit des obligations incluant celui de la responsabilité civile, doit être harmonisé dans l'espace OHADA avant toute réforme spécifique. Les points de jonction d'une réforme de l'ampleur de celle de l'OHADA se trouvent dans ces matières telles celle du droit des obligations qui fait le pont entre les normes spécifiques et celles générales. En effet, les règles de formation de ces contrats spécifiques d'affaires ressortiront toujours du droit commun des contrats et de celui de la responsabilité civile. La violation de règles spécifiques renverra toujours à la question des règles générales des sanctions applicables.

¹⁶⁸¹ La co-entreprise ou *joint venture*, le crédit-bail, l'affacturage, la sous-traitance, la concession commerciale, la franchise, la distribution, le leasing, les contrats de droit public des affaires ou droit public économique tels que le Built, Operate and Transfer (BOT), les Partenariats Publics Privés (PPP), etc.

[698] Il est clair que chaque Acte spécifique portant sur un contrat d'affaires particulier ne prévoiera pas directement les sanctions afférentes à sa violation, l'OHADA ayant écarté de légiférer en ce qui concerne les sanctions pénales. Alors que les règles contractuelles générales ne peuvent qu'être appelées à la rescousse, certains principes généraux de responsabilité civile pourraient être pertinents en fonction de la nature de la faute commise. La distinction entre les deux types de responsabilité étant déjà fort discutée en doctrine¹⁶⁸², il est impérieux de prendre en compte cette réalité dans le cadre de notre réforme des contrats. A ce propos, l'exemple québécois est fort édifiant puisqu'il y a longtemps que la stricte¹⁶⁸³ distinction n'existe plus ou n'est plus fondamentalement retenue par la jurisprudence.

[699] Il arrivera forcément le jour où la cohérence de l'ensemble sera remise en cause par l'inexistence d'un fil d'Ariane unique. L'absence de principes axiologiques se fera ressentir à long terme et influencera la cohérence de tout l'ensemble. Une incohérence découlera de la divergence qui existerait au niveau de l'interprétation de ces Actes uniformes spécifiques qui bénéficieraient d'une harmonisation des normes d'interprétation alors que le droit commun général des contrats associés à ces Actes spécifiques et relevant des droits nationaux des Etats demeurerait de compétence nationale. La dichotomie sera importante et les conséquences seront à ce moment là insolvables tellement le fossé d'incohérence sera grand. A cela s'ajoute la diversité des principes de différents systèmes juridiques qui s'appliqueraient à ces droits spéciaux et qui complexifierait l'armature contractuelle de l'espace OHADA. On assistera à un simple retour à une insécurité juridique et judiciaire car les droits nationaux dont il est question sont ceux-là même qui

¹⁶⁸² V. P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », dans P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (Dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243 et s.

¹⁶⁸³ On parle dans le C.c.Q. de responsabilité contractuelle (Art. 1458) et extracontractuelle (Art. 1457) englobées sous le régime général de la responsabilité civile.

parce que vétustes et inappropriés aux échanges économiques contemporains, avaient justifié l'harmonisation et la modernisation entreprises sous l'égide de l'OHADA.

[700] Si la prospective juridique permet d'entrevoir ce futur chaotique, il est impérieux de prendre les dispositions pour s'en écarter et si une unification n'est pas possible, il faut savoir raison garder et passer en cette matière à une harmonisation souple telle que nous avons déjà pu le proposer. Le risque est nul et les acquis certains.

[701] L'imbroglie juridique instauré dans l'espace européen par la multiplication et la diversité des directives régissant des contrats particuliers¹⁶⁸⁴ est tel qu'il ne peut qu'être recommandé la prudence afin que l'OHADA ne s'engouffre point dans le sens d'une harmonisation des contrats spécifiques d'affaires faisant fi de l'état d'obsolescence avancée de la théorie des obligations dans les droits nationaux des Etats membres de l'OHADA. En Europe, l'acquis communautaire est venu pour essayer de donner un sens à tout ce méli-mélo juridique de contrats spécifiques objets de réglementations éparses difficiles à démêler, sans véritablement y parvenir.

[702] Ainsi, l'analyse comparative des modèles québécois et européen nous apprend que dans la démarche actuelle, ce serait mettre la charrue devant les bœufs que de vouloir harmoniser les contrats spécifiques d'affaires avant le droit commun des obligations. En principe c'est ce droit commun des obligations qui doit servir de socle pour consolider et réformer les contrats spécifiques d'affaires.

¹⁶⁸⁴Directives sur les contrats de vente à distance ; Directives sur le contrat de voyage ... etc.

B- La réforme de nouveaux contrats spécifiques d'affaires consécutive à une consolidation des contrats commerciaux existants

[703] L'OHADA régit déjà de façon parcellaire des contrats commerciaux¹⁶⁸⁵ donc spécifiques. Pour éviter de continuer à légiférer ainsi, sans matrice, il faille que nous ayions un droit commun des contrats. Une fois ce droit commun des obligations élaboré, il faudra logiquement consolider ces contrats commerciaux en les mettant à jour et en les harmonisant. Ce n'est qu'après cette consolidation harmonisatrice, qu'une réforme de nouvelles matières relatives aux contrats spéciaux d'affaires peut être envisagée.

[704] Il sied de reprendre une catégorisation propre au « pape du droit français des contrats »¹⁶⁸⁶, le Professeur Mestre¹⁶⁸⁷ pour introduire ces contrats spéciaux déjà harmonisés avec l'OHADA et nécessitant une consolidation. C'est ainsi que nous retiendrons en premier lieu, les contrats structurels¹⁶⁸⁸, ensuite les contrats d'intermédiaires de commerce et enfin les autres contrats commerciaux ponctuels de l'OHADA.

- **Sur les contrats structurels**

[705] Le droit OHADA des contrats structurels reste quelque peu sommaire en ce sens que sa technicité le conduit à être trop ciblé. Il est épuré de considérations générales pourtant indispensables. C'est un constat qu'on ne peut à notre niveau regretter puisqu'il

¹⁶⁸⁵ On pense à la réglementation OHADA portant sur le contrat de vente commerciale (AUDCG nouveau), sur le bail à usage professionnel (AUDCG nouveau), sur le contrat de sûreté conventionnelle (AUPOS nouveau), sur le contrat de transport de marchandises par route (AUCTMR), sur les différents contrats portant sur le fonds de commerce (AUDCG nouveau), sur les contrats d'intermédiaire de commerce (AUDCG nouveau) pour ne citer que ceux-là.

¹⁶⁸⁶ Expression empruntée à Denis MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet! », Recueil Dalloz, n° 38, 30 oct. 2008, p. 2675, spéc. 2680.

¹⁶⁸⁷ Jacques MESTRE, « Regards contractuels sur l'OHADA », Revue Lamy Droit Civil, Janvier 2010, n° 67, p. 72 – 75, spéc. p. 72.

¹⁶⁸⁸ Jacques MESTRE les définit comme ceux gravitant autour du fonds de commerce en droit OHADA. V. J. MESTRE, *Id.*, p. 72.

justifie que des règles générales puissent être édictées qui s'appliqueraient à tous les ensembles contractuels structurels de l'OHADA¹⁶⁸⁹.

[706] La location-gérance du fonds de commerce¹⁶⁹⁰ quant à elle nous donne l'opportunité de critiquer par exemple que les obligations générales des parties ne puissent être détaillées. Le caractère sommaire de la réglementation¹⁶⁹¹ s'explique par l'impossibilité ou plutôt la difficulté à détailler ces obligations dans une réglementation ponctuelle et spécifique. Les règles régissant la location-gérance font également l'impasse sur la question générale de la durée de la relation contractuelle. Autant de points qui mériteraient d'être traités dans le cadre global d'un AUDC. Il en est ainsi pour tous les types de contrats spécifiques tels ceux des intermédiaires de commerce.

- **Sur les contrats d'intermédiaires de commerce**

[707] Les intermédiaires de commerce¹⁶⁹², plus que de simples acteurs du commerce¹⁶⁹³, sont institués en véritables mandataires avec des obligations contractuelles précises et détaillées dans l'AUDCG. Il faut rappeler pour appuyer notre position que ce choix du législateur OHADA s'est inspiré des Conventions de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises ; ces dispositions relevant au titre de la technique légistique¹⁶⁹⁴ d'un corpus commun et général de règles.

¹⁶⁸⁹ C'est notamment le cas de la réglementation relative à la vente du fonds de commerce Art. 147 à 168 AUDCG Nouveau et Art. 115 à 136 AUDCG Ancien.

¹⁶⁹⁰ Art. 138 à 146 AUDCG Nouveau et Art. 106 à 114 AUDCG Ancien.

¹⁶⁹¹ V. J. MESTRE, *Ibid.*, p. 73.

¹⁶⁹² Art. 169 à 233 de l'AUDCG Nouveau.

¹⁶⁹³ Henri Bebey MODI KOKO, *Droit communautaire des affaires (OHADA- CEMAC), tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence*, Dianoïa, 1^{ère} éd., 2008, p. 159.

¹⁶⁹⁴ Karine GILBERG, « "Mieux légiférer" au cœur de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », dans Dossier *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, *Revue Droit & Patrimoine*, N° 197, Novembre 2010.

[708] Pour quitter le plan international et justifier notre position au plan interne des pays africains membre de l'OHADA, nous citons le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, un des rares code réformé avant l'avènement de la réglementation OHADA¹⁶⁹⁵ et qui consacre des dispositions communes et générales à ces intermédiaires de commerce¹⁶⁹⁶ avant de préciser les règles spécifiques les concernant.

- **Sur les autres contrats commerciaux ponctuels**

[709] Les Actes uniformes ont déjà tenté de régler certains contrats spéciaux mais en s'en tenant chaque fois au strict minimum. En effet, la carence d'un régime général des obligations subséquent se faisait sentir. La plus aboutie de ces constructions de contrats spécifiques commerciaux est celle portant sur la vente commerciale. Elle est régie par le livre VIII¹⁶⁹⁷ de l'AUDCG nouveau.

[710] Inspirée essentiellement de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, malgré l'exclusion expresse du contrat d'entreprise¹⁶⁹⁸ et des contrats non commerciaux, on a du mal à pouvoir l'identifier et la différencier des règles générales civiles régissant ces types de contrats. À la lumière de cette expérience de l'OHADA il est une fois encore difficile d'imaginer que le législateur puisse réglementer uniquement les contrats commerciaux en faisant fi d'une théorie générale des obligations. Un tel texte n'aurait pas dû faire l'impasse sur une définition générale du contrat de vente tel que c'est

¹⁶⁹⁵ Avec le Code des obligations du Mali. Cet Etat n'a pas encore à notre connaissance mis en conformité sa législation nationale notamment celle commerciale avec les normes supranationales OHADA contrairement au Sénégal.

¹⁶⁹⁶ En effet, dans son *Nouveau Code des obligations civiles et commerciales*, Livre deuxième, portant sur « les contrats uniquement générateurs d'obligations de faire », le législateur sénégalais a repris le cadre juridique OHADA régissant les intermédiaires de commerce au travers d'un titre premier intitulé à juste titre « Dispositions communes ». Ce titre traite de la définition et du champ d'application; de la constitution et l'étendue du pouvoir de l'intermédiaire; des effets juridiques des actes accomplis par l'intermédiaire; de la cessation du mandat de l'intermédiaire.

¹⁶⁹⁷ Précédemment régi par le livre V de l'ancien AUDCG du 17 avril 1997 abrogé le 15 déc. 2010.

¹⁶⁹⁸ Ancien AUDCG Art. 204 équivalent Art. 235 AUDCG Nouveau.

le cas. On a comme l'impression, et ceci confirme notre argumentaire, que c'est pour éviter de se faire dire qu'il a légiféré en droit général des contrats que le législateur ne définit ni le contrat de vente encore moins des concepts généraux tel celui de livraison surtout quand on sait son importance à l'égard des obligations du vendeur¹⁶⁹⁹.

[711] Le contrat spécifique de transport de marchandises par route¹⁷⁰⁰ quant à lui est également truffé de dispositions générales inspirées de la Convention applicable au contrat de transport international de marchandises par route¹⁷⁰¹ comme pour nous rappeler l'impossibilité de se départir de telles dispositions générales.

- **Sur les nouveaux contrats spécifiques d'affaires**

[712] Depuis 2007, de nouveaux¹⁷⁰² champs d'intérêt en matière de contrats spécifiques d'affaires ont circulé au sein de la doctrine¹⁷⁰³ et ont été retenus par le Secrétariat Permanent de l'institution¹⁷⁰⁴. L'approche n'est pas nouvelle. Elle était d'ailleurs présentée comme inévitable¹⁷⁰⁵ dans le débat sur un code européen des contrats.

¹⁶⁹⁹ Art. 251 et s. Art. 280 de l'AUDCG ancien.

¹⁷⁰⁰ Acte uniforme OHADA du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route et donnant une définition à son art. 2.

¹⁷⁰¹ Convention signée et ouverte le 19 mai 1956 à Genève.

¹⁷⁰² On retient le crédit-bail, le contrat de franchise, le contrat de cession exclusive, les contrats de distribution, les contrats de factoring, les contrats de Built Operate Transfert (BOT), les contrats de l'activité bancaire, etc.

¹⁷⁰³ V. Paul-Gérard POUYOUÉ, « Les tribulations d'un universitaire », Contribution au Colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, 2007, *Op. cit.* ; Pierre MEYER, « L'harmonisation du droit des contrats », Rapport général du Colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, 2007, précité ou encore Joseph ISSA SAYEGH, « L'OHADA : défis, problèmes et tentative de solutions », Contribution au Colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, 2007, *Op. cit.* p. 470.

¹⁷⁰⁴ Ils ont notamment fait l'objet d'un appel à candidatures pour experts consultants pour étude sur les nouvelles matières OHADA. V. <http://www.ohada.org/offres-emplois-sp/fr/sp/actualite/3677,avis-de-report-de-la-date-de-depot-des-offres-as-selection-dun-consultant-ou-dun-groupe-de-consultants-pour-etude-sur-les-nouvelles-matieres-ohada.html>. Dernière consultation le 20 mai 2013.

¹⁷⁰⁵ Mario BUSSANI affirmait que « n'importe quelle action envisageable en vue de la création d'un droit européen des contrats [...] ne peut éviter d'adresser une question stratégique à propos des contrats d'affaires », dans RDC Octobre 2011, *L'Europe contractuelle, encore et toujours! (suite)*, p. 1361 – 1403, *Réponse italienne (Fondation pour le droit continental)*, spéc. p. 1391.

[713] La nécessité de parachever l'harmonisation générale par une harmonisation de ces contrats d'affaires est duale. De prime abord, il s'agit de contrats internationaux impliquant de grandes sociétés transfrontalières et qui la plupart du temps, du fait du choix automatique du for, de la loi applicable et de la juridiction¹⁷⁰⁶, retirent des litiges importants économiquement à l'espace africain où ils sont en général mis en œuvre. Ils influent donc sur le tissu économique africain sans qu'aucun élément les concernant ne ressorte de cet espace.

[714] D'autre part ces contrats font actuellement pour la plupart, l'objet d'un quasi monopole de la communauté Anglo-saxonne de culture juridique *common law* au détriment de celle civiliste et partant de la majorité des réalités socio-économiques africaines en ces matières. Pour preuve de cette réalité, il est même parfois difficile de trouver l'appellation exacte en français de ces contrats, consacrés dès l'origine dans la langue de Shakespeare. Il est donc impérieux que des règles nouvelles soient élaborées afin préalablement de régir ces contrats avec des principes simples, modernes et adaptés au contexte de l'OHADA et ensuite de retenir afin de les régler sur place, les litiges qui pourraient en découler.

[715] Au regard de l'évolution contemporaine de ces contrats, il serait contre-productif juridiquement et économiquement, de régir ces contrats et de devoir chaque fois qu'une difficulté survient revenir à des règles générales éparses et inadaptées ou encore à d'autres conventions internationales générales comme la Convention de Rome I déjà citée et pas toujours complète encore moins adéquate. Le législateur court à sa perdition en se lançant dans l'harmonisation de ces contrats spécifiques d'affaires sans substrat commun de base auquel se référer en cas de litige ; ce faisant, il n'aura fait que renverser le problème,

¹⁷⁰⁶ Paraphrase d'une idée de Mario BUSSANI, *id.*

obligeant les opérateurs à se retourner toujours vers le droit moderne qui leur offre plus de prévisibilité et donc de sécurité juridique et judiciaire.

CONCLUSION TITRE 2

[716] La finalisation de l'édification du cadre de référence OHADA des contrats s'avère presque aussi périlleuse que le fut l'Odyssée d'Ulysse qui voulait rejoindre Pénélope. En effet, que de tourments théoriques ne rencontre-t-on pas en voulant réaménager au goût des valeurs africaines, les principes contractuels régissant le cours de l'exécution du contrat de même que la situation des parties une fois le contrat exécuté (après-contrat à proprement parler) en droit OHADA. Que de périls juridiques ne doit-on pas surmonter lorsqu'on décide de comparer le modèle OHADA avec celui européen ainsi qu'avec l'exemple du Québec au sein du Canada.

[717] Malgré tout cela, ce titre nous a permis de finaliser la charpente du cadre de référence OHADA des contrats. Les atermoiements et autres hésitations législatives en matière contractuelle au sein du modèle européen se sont avérés utiles pour démontrer les avancées notoires de l'OHADA et les possibles errements de l'Organisation africaine dans une matière aussi primordiale que le droit des contrats pour les activités économiques. L'expérience québéco-canadienne de bijuridisme a eu le mérite de nous aider à pousser la construction hors des sentiers battus pour rechercher cette utile et nécessaire cohabitation des deux systèmes juridiques propices à une saine émulation des échanges économiques.

[718] Le futur de l'Organisation d'intégration juridique et judiciaire africaine semble se jouer autour de cette thématique du « face à face common law/droit civil »¹⁷⁰⁷ et sa maîtrise en contexte africain en devient *de facto* fondamentale. Ce titre a le mérite d'avoir posé quelques jalons de cette cohabitation en matière contractuelle sur la base des expériences européenne et canado-québécoises.

¹⁷⁰⁷ Pour des développements récents sur la question, V. *Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires et pratique professionnelle*, numéro spécial mars 2014 reprenant les Actes du 33^{ème} Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises qui s'est tenu à Montréal au Canada les 16 et 17 mai 2013. Le thème du congrès était : « Le face à face droit civil/common law en droit des affaires. Cas du Canada, de l'Afrique et du Monde Arabe ». Disponible également en ligne <http://revue.ersuma.org>.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

[719] Cette seconde partie nous a donné l'occasion de concrètement proposer une armature juridique pour le cadre de référence OHADA des contrats. Nous sommes partis des principes contractuels phares de la phase précontractuelle. Ensuite, nous avons revu les standards juridiques régissant la vie et la survie du contrat. L'après-contrat nous a par la suite occupé avant que la boucle de cette contribution ne soit bouclée avec une comparaison de cette ébauche avec les expériences étrangères existantes.

[720] Le résultat semble satisfaisant mais il faut reconnaître que c'est à l'épreuve de la pratique notamment d'une insertion dans un corpus législatif effectif que ces propositions pourront confirmer ou infirmer leur potentiel. Vivement alors que le législateur de l'OHADA n'abandonne pas cette voie de l'uniformisation d'un droit commun des contrats. C'est donc à juste titre que l'épilogue de cette seconde partie est consacré au rappel de l'intérêt d'un droit commun des obligations qui doit être antérieur à une réforme des contrats spécifiques d'affaires.

CONCLUSION GÉNÉRALE

[721] Non seulement les droits des peuples se font avec le temps¹⁷⁰⁸ mais en plus, il n'est pas du pouvoir de la rose de décider ni de la couleur de ses pétales, ni de l'époque de son éclosion¹⁷⁰⁹. L'accouchement de ce droit contractuel africain, faisant la synthèse du droit africain moderne des contrats se fera mais le "travail" juridique sera long.

[722] Alors que des idées se font jour sur une possible loi-modèle en matière contractuelle OHADA, les développements qui précèdent ont tenté de démontrer que de nombreux facteurs militent en défaveur de cette option législative qui n'est tout de même pas exclue de la délimitation de notre cadre de référence OHADA.

[723] Relativement à la méthode d'élaboration, le modèle des principes UNIDROIT choisi a fait ses preuves ailleurs et même s'il nécessite un toilettage africain pour inspirer le législateur dans le cadre d'un Acte uniforme ou tout autre instrument d'uniformisation, il est un référent juridique approprié à la base. L'identité contractuelle OHADA - pour ne pas dire africaine - recherchée tout au long de cette thèse, est le fil d'Ariane qui doit guider ladite refonte en droit africain des contrats.

[724] La nature juridique singulière (plurijuridique) de l'ensemble appelle non seulement une ouverture au *common law* contractuel africain mais aussi un maintien du cap des normes contraignantes ratifiées par les Etats membres et s'imposant à eux : c'est à notre humble avis ce qui a réduit à ce jour les écueils rencontrés par l'OHADA et fait pour l'heure le succès de son cadre juridique uniforme.

¹⁷⁰⁸ Paraphrase de PORTALIS qui parlait de « codes » à la place de « droits », initialement cité par Denis TALLON, « Vers un droit européen du contrat », dans *Mélanges André COLOMER*, Litec, Paris, 1993, p. 494.

¹⁷⁰⁹ V. H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny*, Vahlen, München, 1973, p. 50, cité par Claude WITZ, « Rapport de synthèse », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), Éd. Economica, 2001, sp. 173.

[725] La vocation économique de l'Organisation selon le désir originel de ses concepteurs, est également une orientation fondamentale qui conduit à privilégier cette uniformisation suivant l'axe d'harmonisation choisie et qui devrait être maintenue.

[726] Tout ceci a constitué les ingrédients indispensables pour une proposition concrète de piliers contractuels constituant les premiers jalons pour un cadre de référence OHADA des contrats. Ces piliers contractuels modernes ont subi une remise en condition fondée sur une tentative de délimitation d'une « cartographie valorielle »¹⁷¹⁰ des traditions africaines.

[727] Les expériences étrangères d'harmonisation viennent enfin confronter nos hypothèses préalables pour les confirmer au terme de la démonstration. La première, celle de l'Union européenne est un contre-exemple. En effet, le modèle des directives multiples et sectorielles (non contraignantes quant aux moyens employés), nous enseigne que l'imbroglie juridique constaté en matière contractuelle dans l'espace européen n'est pas une voie à suivre par l'OHADA.

[728] La seconde expérience, celle canadienne sert elle d'exemple pour confirmer qu'à l'instar notamment de la méthode d'harmonisation de la loi fédérale avec les dispositions du Code civil du Québec, les lois d'harmonisation canadiennes ont fait leur preuve et le cap des Actes uniformes OHADA devrait être maintenu. La comparaison canadienne va plus loin encore puisqu'elle nous permet en comparant le rôle de la Cour suprême canadienne et des juges canadiens et québécois face au droit civil et au common law de faire ressortir le rôle qui devrait être celui du juge africain en matière contractuelle et de droit uniforme des affaires en général.

¹⁷¹⁰ L'expression est empruntée au professeur Fabien Gélinas durant sa communication au 33^{ième} Congrès de l'IDEF tenu au Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal, les 17 et 18 mai 2013 sur le thème : *Le face à face droit civil / common law en droit des affaires. Cas du Canada, de l'Afrique et du Monde arabe*. V. Karim BENYKHELF et Fabien GELINAS, « Le laboratoire de cyberjustice et ses objectifs socio-juridiques et techno-juridiques : un état de la recherche », inédit. Et le rapport co-rédigé par l'auteur de ces lignes et publié sur www.institut-idef.org et sur www.ohada.com, consulté le 15 juin 2013. A paraître à la Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires et Pratique professionnelle, 2014.

[729] Sans renier les mérites possibles de cet instrument optionnel, il faut mettre en garde le législateur contre le borbier qui découlera de cette géométrie variable contractuelle OHADA; géométrie variable contractuelle qui risque fort de se transformer en chaos contractuel avec comme nous le démontrions trois (03) - voire plus - droits des contrats dans le droit positif interne des Etats membres. Notre cadre de référence OHADA aura tenté de faire ressortir un creuset commun contractuel, un socle commun de référence en matière contractuelle et qu'importe le choix du législateur, ce cadre de référence devrait résister à tout modèle d'instrument choisi.

[730] Conclusion : que dire sinon qu'il reste tant à écrire ! Seul le temps nous donnera peut-être raison. L'OHADA choisira peut-être de *mettre la charrue devant les bœufs* en s'attaquant d'emblée et directement aux contrats spécifiques d'affaires sans que la théorie générale des contrats ne soit harmonisée¹⁷¹¹; ou au contraire, - nous l'espérons - notre thèse intitulée « jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats » aura justement contribué à creuser de bons sillons africains pour l'attelage contractuel OHADA, à charge pour le législateur de les suivre.

¹⁷¹¹ Marcel FONTAINE, faisant fi du sort du projet dont il est le rédacteur, revient récemment sur cette mise en garde générale qui a trait à la dimension axiologique des prochaines réformes OHADA. Marcel FONTAINE, « Law Harmonization and Local Specificities – a Case Study : OHADA and the Law of Contracts », *Unif. L. Rev.*, 2013, 1 – 15, spéc. dans sa conclusion à la p. 15; Félix ONANA ETOUNDI le rappemait également dans « Allocution inaugurale du Directeur Général de l'ERSUMA », in *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Actes du colloque organisé du 26 au 28 octobre 2011 par l'ERSUMA à Libreville, Editions ERSUMA, 2012, p. 5, sp. pp. 7 - 8 dans des propos parfois incisifs, parfois sybillins, le risque d'incohérence qui découlerait de cette démarche. Il citait notamment le cas « malheureux » de l'Union européenne qui « a abouti en un echeveau juridique difficile à démêler ».

TABLE DES MATIÈRES

RESUME	v
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	xi
REMERCIEMENTS.....	xvii
INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE : Les enjeux de l'élaboration d'un cadre de référence OHADA.....	22
TITRE 1 ^{ER} : Les modalités d'élaboration	27
CHAPITRE 1 : La méthode de conception	31
SECTION 1 : Le recours aux Principes d'UNIDROIT	34
Paragraphe 1: L'impact des Principes sur l'environnement juridique OHADA	35
A- L'examen des Principes UNIDROIT	35
B- L'influence positive des Principes sur l'environnement juridique OHADA.....	45
Paragraphe 2 : De quelques autres améliorations du recours aux Principes.....	55
A- Les incidences sur l'attractivité économique de l'espace OHADA	56
B- Les Principes comme loi applicable en l'absence de choix des parties.....	62
SECTION 2 : La pertinence relative du modèle UNIDROIT choisi par l'OHADA.....	71
Paragraphe 1 : Les lacunes de fond des Principes	71
A- L'incomplétude tenant aux règles de fond reprises dans l'AUDC.....	72
B- L'absence de règles de partage de compétence juridictionnelle.....	81
Paragraphe 2 : Les autres lacunes des Principes tenant au contexte africain	89
A- La méconnaissance africaine des Principes.....	89
B- Les pistes de solutions à l'absence de jurisprudences nationales inspirées des Principes	92
CHAPITRE 2 : Les défis d'une théorie générale des contrats OHADA	96
SECTION 1 : Les objections à une uniformisation générale des contrats	101
Paragraphe 1 : La perméabilité critiquée du droit OHADA des affaires.....	102
A- Les facteurs de perméabilité.....	102
B- Les atténuations des risques de cette perméabilité	104
Paragraphe 2 : L'abandon discuté de la distinction droit commercial/droit civil.....	105
A- Le sort de la distinction en droit comparé	106
B- Le dépassement de la distinction en droit OHADA	108
Section 2 : La pertinence d'un droit commun général des contrats OHADA	111
Paragraphe 1 : L'inexistence d'une théorie générale des contrats commerciaux	112
A- La rareté des arguments en faveur de la théorie	112

B- Les nombreuses critiques s’opposant à la théorie	115
Paragraphe 2 : Les inconvénients de l’éclatement multipartite des contrats OHADA.....	117
A- Les conséquences de la partition du futur droit OHADA des contrats	117
B- Une partition préférable au choix d’une loi- modèle.....	120
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{ER}	125
TITRE 2 : Quelques orientations fondamentales pour un cadre de référence OHADA	127
CHAPITRE 1 : La pertinence d’une ouverture de l’OHADA civiliste au <i>common law</i>	129
SECTION 1 : Les choix méthodologiques associés à la nature sui-generis de l’OHADA	130
Paragraphe 1 : La nature plurijuridique de l’OHADA	130
Paragraphe 2 : Les implications des différents choix méthodologiques.....	143
A- Panorama de quelques méthodes existantes.....	144
B- Les implications de la méthode choisie.....	150
SECTION 2 : La convergence des deux traditions juridiques en présence.....	155
Paragraphe 1 : Une convergence théorique facilitée par la fausse concurrence des traditions juridiques.....	159
A- La fausse concurrence des traditions juridiques en Afrique.....	159
B- Les facteurs de convergence des deux traditions juridiques.....	164
Paragraphe 2 : Une convergence effective démontrée par un usage commun de principes caractéristiques	174
A- La pratique trans-systémique de la règle du précédent judiciaire	175
B- L’ <i>overruling</i> de <i>common law</i> ou l’équivalent d’un revirement de jurisprudence	184
CHAPITRE 2 : La précision de l’objet de la réforme du droit OHADA des contrats.....	191
SECTION 1 : Les spécificités contractuelles africaines.....	194
Paragraphe 1 : Des spécificités socio-économiques endogènes	198
A- L’analphabétisme, vecteur d’acculturation juridique	199
B- Le difficile accès au crédit pour les opérations économiques	204
Paragraphe 2 : L’applicabilité du futur AUDC aux pratiques informelles.....	207
A- La notion de pratiques informelles en droit OHADA	208
B- L’AUDC face à l’informel	212
SECTION 2 : La prise en compte des « spécificités contractuelles africaines ».....	217
Paragraphe 1 : La nécessaire adaptation des modes de preuves aux spécificités africaines	218
A- La formation à l’oral du contrat en droit OHADA.....	218
B- L’adaptation de la liberté de preuve en droit OHADA	220
Paragraphe 2 : De l’intégration des coutumes contractuelles au droit OHADA	229
A- La problématique de la rédaction des coutumes africaines	231

B- La nécessité d'identification voire de codification des grandes tendances coutumières	236
CONCLUSION DU TITRE 2 :	240
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	242
SECONDE PARTIE : L'élaboration substantielle d'un cadre de référence OHADA	243
TITRE 1 ^{ER} : De l'avant-contrat à la pérennité du lien contractuel	246
CHAPITRE 1 : Quelques éléments de formation du contrat	248
SECTION 1 : La relecture africaine des fondements du contrat	249
Paragraphe 1 : L'autonomie de la volonté dans la conception africaine des contrats	250
A- La liberté contractuelle	251
B- Les spécificités du consensualisme à l'africaine	256
Paragraphe 2 : La <i>favor contractus</i> à l'africaine	260
A- Sens, portée et justification du principe général de favorisation du contrat	261
B- Applications de la favor contractus en droit OHADA des contrats	266
SECTION 2 : La cause civiliste opposée à la consideration de common law	271
Paragraphe 1 : Quelques repères historiques à propos des deux notions	272
Paragraphe 2 : L'importance de la cause et de la considération	275
A- Clarification conceptuelle des deux notions	275
B- Intérêt pratique du rejet des deux notions comme solution dans l'AUDC	278
CHAPITRE 2 : L'intégrité pérenne du contrat en droit OHADA	285
SECTION 1 : La bonne foi comme principe trans-systémique assurant l'intégrité du contrat ..	286
Paragraphe 1 : Le faux rejet de la bonne foi en <i>common law</i> contractuel	286
A- L'existence de la bonne foi en common law précontractuel	287
B- L'affirmation erronée de l'inexistence de la bonne foi en common law post-contractuel et dans la <i>lex mercatoria</i>	290
Paragraphe 2 : La bonne foi comme valeur universelle du droit africain	295
SECTION 2 : La perte d'intégrité du contrat sanctionnée en droit OHADA	299
Paragraphe 1 : Les causes d'invalidité du contrat	301
A- Les causes classiques	301
B- L'abus de faiblesse ou dépendance économique d'un contractant	312
Paragraphe 2 : La sanction des cas d'invalidité du contrat	318
A- Le maintien des sanctions classiques	318
B- L'insistance quant aux sanctions favorisant la survie du contrat	320
CONCLUSION TITRE 1 ^{ER}	322
TITRE 2 : De l'après-contrat OHADA à la confrontation du cadre de référence aux autres expériences étrangères	323

CHAPITRE 1 : L'après-contrat dans l'AUDC	324
SECTION 1 : Les alternatives pertinentes à l'inexécution du contrat en Afrique	324
Paragraphe 1 : Les alternatives africaines à la résolution après l'exception d'inexécution	325
A- L'admission africaine de la renégociation face au hardship	326
B- L'aménagement du délai supplémentaire, du prix et le remplacement de l'objet du contrat	338
Paragraphe 2 : La pertinence d'une résolution par notification avant réparation	342
A- La résolution unilatérale par notification	342
B- La réparation du préjudice d'inexécution	347
SECTION 2 : L'interprétation du contrat en droit OHADA	350
Paragraphe 1 : Interpréter des normes dans l'environnement africain	351
A- Les principes ou méthodes d'interprétation adéquats	353
B- L'intervention salutaire mais critiquée de la CCJA en matière d'interprétation	356
Paragraphe 2 : L'interprétation du contrat par le juge africain	363
A- Aperçu de quelques interventions des juges OHADA	365
B- Plaidoyer pour une consécration plus « engagée » du rôle du juge africain	369
CHAPITRE 2 : La consolidation par confrontation du futur AUDC aux expériences étrangères .	374
Section 1 : Les leçons de l'OHADA pour les projets de construction d'un droit européen des contrats	375
Paragraphe 1: L'intégration de la dynamique européenne par l'OHADA	375
A- La dynamique d'harmonisation européenne du droit des contrats pour un marché unique	376
B- Les obstacles juridiques à un droit européen des contrats	385
Paragraphe 2 : Le dépassement de la dynamique européenne en matière contractuelle	395
A- La possible adoption d'un droit des contrats favorable aux intérêts africains	396
B- La construction d'un marché communautaire africain attractif par l'OHADA	404
Section 2 : Les leçons du bijuridisme canadien pour une effectivité du futur droit OHADA des contrats	408
Paragraphe 1 : Les apports du bijuridisme canadien	408
A- La technique législative opérationnelle du bijuridisme canadien	409
B- Le Code civil du Québec et l'AUDC	414
Paragraphe 2: Un droit commun des obligations indispensable pour une harmonisation des contrats spécifiques d'affaires	418
A- L'intérêt renouvelé d'un droit commun des obligations	418
B- La réforme de nouveaux contrats spécifiques d'affaires consécutive à une consolidation des contrats commerciaux existants	422
CONCLUSION TITRE 2	428

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	429
CONCLUSION GENERALE	430
TABLE DES MATIERES	i
INDEX ALPHABETIQUE.....	vi
BIBLIOGRAPHIE	viii

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

Accords d'association.....	145, 149
Analyse économique du droit.....	20
Attractivité.....	406
Attractivité du droit.....	56
Autonomie de la volonté.....	250
Avantage excessif.....	41, 80, 278, 279, 280, 302, 303, 329
Bijuridisme.....	18, 409
Bijuridisme formel (bijuridisme informel).....	409
Bonne foi.....	285, 286, 290, 293, 295
Clause pénale.....	43, 348
Code.....	46
Codification.....	4, 12, 19, 27, 46, 64, 65, 75, 221, 230, 231, 238, 376, 389, 411, 412
Codification à droit constant.....	<i>Voir</i> Codification
Codifier	
Codifier en Afrique.....	31, 32, 181, 195, 196, 235, 326, 333
Consensualisme.....	256, 257, 260
Consideration.....	274, 276, 281
Consolidation.....	9, 124, 422
Contractant faible.....	313, 345
Contrat de dépendance.....	312
Contrat de sujétion.....	<i>Voir</i> Contrat de dépendance
Contrats féodaux.....	<i>Voir</i> Contrats de dépendance
Convention législative.....	145
Croissance économique.....	56
Dépeçage.....	64
Développement.....	17
Devoir de bonne foi.....	288
Doctrine of consideration.....	277
Droit africain.....	30
Equivalence des prestations.....	219, 254
Exceptio non adimpleti contractus.....	<i>Voir</i> Exception d'inexécution
Exception d'inexécution.....	298, 325
<i>Fonds commun</i>	
Fonds commun contractuel africain.....	27, 28, 120
Force majeure.....	327
Formalisme.....	223, 258, 260
Frustration theory.....	326, <i>Voir</i> Théorie de la frustration
Hardship.....	326, 328
Harmonisation.....	3
Identité contractuelle africaine.....	236
Imprévision.....	325, 328
Imprévision économique.....	<i>Voir</i> Hardship
Insécurité judiciaire.....	53
Interpretatio cessat in claris.....	352
Interprétation.....	165, 167, 169, 231, 268, 277, 350, 351, 352, 354, 355, 358, 366, 368, 369, 388, 415
Légistique.....	4, 18, 116, 259, 347, 411, 417, 423
Lésion.....	<i>Voir</i> Avantage excessif
Liberté contractuelle.....	251, 252, 253, 254, 256
Loi	
Accessibilité.....	53

Clarté	347, 390
Imprévisibilité	51
Intelligibilité	51, 417
Lisibilité	53
Loi-type	121, 122, 123, 126
Loyauté	295, 297
Méthode	12
Modernisation du droit	47, 224
Mondialisation du droit	233, 243
Multijuridisme	141, <i>Voir</i> Plurijuridisme
Plurijuridisme	18, 139, 410
Principe	244
Ratio scripta	28
Résiliation	265, 319
Résolution unilatérale	343, 344, 346, 347
Secteur informel	209
Sécurité juridique	49
Soft law	40, 119, 400
Solidarisme contractuel	253, 335
Système juridique	56, 156
Système juridique francophone	132
Théorie de la frustration	327
Théorie générale des contrats spéciaux	113, 116, 118
Tradition juridique	156, 171, 310
Uniform Commercial Code	281
Usure	349
Utilitarisme	331
Violence économique	316
Zone juridique optimale	58
Zone monétaire optimale	58

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE RÉFÉRENCES

Ouvrages généraux

ALMEIDA, P., *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

ANCEL P. et RIVIER M.-C. (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Collection Droit, 2003, 373 pp.

ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonization of Family Law in Europe : A Historical Perspective. A tale of two millennia*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, 554 pp.

BELANGER-HARDY, L., et GRENON, A., (dir.), *Éléments de common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 583 pp.

BEIGNIER B., (dir.), *La codification des grandes tendances coutumières*, Paris, Dalloz, 1995, Coll Thèmes et Commentaires, 224 pp.

BELLEY, Jean-Guy, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociologique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 345 pp.

BONELL, J.-M., *An International Restatement of Contract Law*, New York, 3^{ème} éd., 2005, 691 pp.

BRETON, A. et TREBILCOCK, M. (dir.), *Le bijuridisme. Une approche économique*, Paris, Éd. Eska, 2007, 228 pp.

CABRILLAC, R., D., MAZEAUD et PRÜM, A., *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, Paris, 2008, Collection droit privé comparé et européen, 191 pp.

CANIVET, G., M. - A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, 155 pp.

CARBONNIER, J., *Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, 368 pp.

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Paris, Quadride/PUF, 2004.

CHAPUT, Y., (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2002, 256 pp.

COLLART-DUTILLEUL, F. et COULON, C., *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, Paris, 2007, 159 pp.

COUSY, H., S., STIJNS, B., TILLEMANN et A., VERBEKE (dir.), *Droit des contrats France, Belgique*, L.G.D.J., Paris, Larcier, Bruxelles, 2005, Coll. Contrats et Patrimoine, 314 pp.

DAVID R., *Cours de droit privé comparé*, Paris, Les cours de droit, 1967-1968.

DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit*, Paris, 2^e éd., Seuil, Coll. La couleur des idées, 2006, 303 pp.

- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, Coll. La librairie du Siècle, 1994, 305 pp.
- GARCIA, K., *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, 674 pp.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 166 pp.
- GRAZIANO, Th. K., *Le contrat en droit privé européen : exercices de comparaison et d'harmonisation*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle ; Bruylant, Bruxelles, 2006, 413 pp.
- GRUNDMANN, S. and SCHAUER, M., *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, 374 pp.
- HARTKAMP, A., *Towards a European Civil Code*, 3rd éd., Amsterdam, Kluwer Law International, 2004/2012, 847 pp.
- Institut Suisse De Droit Comparé, *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2007, 265 pp.
- JAMIN, C. et MAZEAUD, D., (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Économica, 2001, 178 pp.
- JAMIN, C. (dir.), *Droit et Économie du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2008, 306 pp.
- LEGRAND, P., *COMMON LAW d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992, 528 pp.
- MAINTOPPI, A., *Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification et de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux*, *UNIDROIT Annuaire*, Vol. II (1967-1968), p. 44-61.
- PERRET, L. et BISSON A.-F. (dir.), *The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Wilson & Lafleur, 2003, 528 pp.
- POIRIER, J., *Questionnaire d'ethnologie juridique appliqué à l'enquête de droit coutumier*, Université Libre de Bruxelles, Éd. De l'Institut de sociologie, 1963, 51 pp.
- QURESHI Asif H. et GAO Xuan (Eds.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law*, Vol. V, *International Development Law.*, Routledge, London and New York, 2011.
- ROBERT, Jean, *Le phénomène transnational*, Paris, L.G.D.J., Éd. De l'AFA, 1988, 60 pp.
- ROUHETTE, G., *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 655 pp.
- SAGAERT, V. et al (Dir.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?*, Larcier, Paris, 2009, coll. Contrats et Patrimoine, 182 pp.
- SAUTEL, O. (Dir.), *Réformer le droit*, Paris, Litec, 2007, Coll. Colloques et débats, 129 pp.
- SMITS, J., *The contribution of mixed legal systems to European private law*, Antwerp, Intersentia, 2001, 126 pp.
- TALLON, D. et HARRIS, D., (Dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, 443 pp.
- TERRÉ, F., (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2009, Coll. Thèmes et commentaires, 310 pp.

TERRÉ, F., *Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier*, in *L'année sociologique*, vol. 57/2007, n° 2, Paris, PUF, 2007, pp. 262-569.

TUNC, A. (Dir.), *Legal aspects of economic development*, Paris, Dalloz, 1966, 206 pp.

VOGEL, L. (Dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Droit Global/Global Law, 2001/1, 149 pp.

VOGEL, L., *La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité?*, Droit Global/Global Law, 2001/2, 113 pp.

VOGENAUER, S., and KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1319 pp.

WEBER, M., *Sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Quadrige, PUF, 2007, total pp..

WICKER, G. (dir.), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre?*, Litec, Paris, 2008, Collection Colloques et débats, 92 pp.

Ouvrages en droit communautaire africain et OHADA

AHANHANZO, Gl., *Introduction à l'OUA et aux organisations régionales africaines LGDJ*, 1997, 242 pp.

BAKHOUM, M., *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union économique et monétaire ouest africaine*, Berne-Bruxelles, Stampfli-Bruylant, 2007, 425 pp.

CONAC, Gérard (Ed.), *Dynamiques et finalités des droits africains. Actes du colloque de la Sorbonne "La vie du droit en Afrique"*, 30 septembre - 1 octobre 1976, Paris, Economica, 1980, 509 pp.

ISSA-SAYEGH, J., P.- G., POUGOUE; F. M., SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés - Futuroscope* : Juriscope, 2011, 1072 pp.

ISSA-SAYEGH, J., LOHOUES-OBLE, J., *OHADA Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 245 pp.

LAMOUREUX, M., *Introduction au droit ghanéen des contrats*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 196 p.

Le ROY É. et Le ROY J. (textes réunis par), *Un passeur entre les mondes. Le livre des Anthropologues du Droit disciples et amis du Recteur Michel ALLIOT*, Publications de la Sorbonne, 2000, 357 pp.

MARTOR, B., N., PILKINGTON, D. S., SELLERS and S. THOUVENOT, *Business Law in Africa. OHADA and the Harmonization Process*, Kogan Page, Londres, 2002, 356 pp.

MARTOR, B., N., PILKINGTON, D. S., SELLERS, S. THOUVENOT et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004, 344 pp.

MOULOUL, A., *Comprendre l'OHADA*, Niger : ENA, Avril 2000, Inédit.

POUGOUE, P.- G. (Dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, 1274 pp.

SACCO, R., *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Dalloz, À droit ouvert, 2009, 566 pp.

SOSSA D., *Introduction à l'étude du droit*, Ed. Tundé, Cotonou, 2007.

SOSSA D. et DJOGBENOU J., *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Cotonou, CREDIJ, 2012, 332 pp.

SOW SIDIBE A., *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, L.G.D.J.

TAMFUH Y. N. W., *Comparative Law of Obligations*, Center for Law and Development, Buea, Cameroun, 240 pp.

TIGER, P., *Le droit des affaires en Afrique (OHADA)*, Paris : PUF, 2001, 127 pp.

TOSI, J.-P., *Le droit des obligations au Sénégal*, Paris, Dakar, LGDJ, NEA, 1981, 414 pp.

VANDERLINDEN, J., *Les systèmes juridiques africains*, PUF, 1983, Collection *Que sais-je*, 127 pp.

Thèses de doctorat et Mémoires de Maîtrise (Master)

ADIDO R., *Essai sur l'application du droit OHADA : cas de l'OHADA. Aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, Thèse de doctorat, Perpignan, 2000, 189 pp.

BILÉ KANGAH É. J., *Réflexion sur la future harmonisation du droit des contrats dans l'espace Ohada*, Mémoire de maîtrise de droit privé présenté à l'Université catholique de l'Afrique de l'Ouest, Unité Universitaire d'Abidjan, juin 2007.

BOCCARA D., *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law. Théorie générale d'une convergence asymptotique*. Thèse de doctorat, Lyon 3, tomes 1 et 2, 475 pp.

DEVINAT, M., *La règle prétorienne en droit civil et dans la common law canadienne. Étude de méthodologie juridique comparée*, PUAM, 2005, 468 pp.

GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit privé, tome 509, 674 pp.

HELLERINGER G., *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, L.G.D.J., 2012, Bibl. de droit privé, tome 536, 450 pp.

KANTCHOP Th. N., *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, Mémoire de DEA Droit communautaire et Comparé CEMAC, Université de Dschang, Cameroun, 2008, 67 pp.

KERHUEL A.-J., *L'efficience stratégique du contrat d'affaires. Un champ d'application de la liberté contractuelle*. PUAM, 2010, 583 pp.

KODO, J., *L'application des Actes uniformes de l'OHADA*, Thèse, Université Paris-Est, Créteil, 2008, Académia, Bruylant, PUR, 334 pp.

KONÉ, M., *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, Paris, L.G.D.J., 2003, Bibliothèque de droit privé, tome 406, 416 pp.

KOUNDÉ, D., *Les actes uniformes de l'Ohada et la croissance économique des États africains francophones*, Thèse de doctorat présentée à l'Université de Perpignan, 2005, 339 pp.

KWEMO S., *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012, 436 pp.

LECUYER, S., *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, L.G.D.J., Paris, 2007, Bibliothèque de droit privé, tome 495, 602 pp.

MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1999, Bibliothèque de droit privé, tome 317, 395 pp.

MONZER, R., *La négociation des contrats internationaux. Une harmonization des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 580 pp.

MOULOUL, A., *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA: l'exemple du Niger*, Paris, L.G.D.J., 2005, Bibliothèque de droit privé, tome 435, 603 pp.

RORIVE, I., *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 564 pp.

PAQUIN, J., *Business Law Transplants and Economic Development: An Empirical Study of Contract Enforcement in Dakar, Senegal*, Thesis, McGill University, Montreal, 2010, 266 pp.

POILLOT, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de droit privé, tome 463, 2006, 589 pp.

SALVAT, O., *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse, Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 565 pp.

SHI, J., *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de droit privé, tome 473, 2006, 451 pp.

ARTICLES DE DOCTRINE

Articles généraux

BANNES, F.-M., « L'impact de l'adoption des principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », RRJ, 1996, p. 933.

BEALE, H., « Partial and Temporary Impossibility in English and French Law », dans Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 19-32.

BELLEY, J.- G., « Le contrat comme phénomène d'internormativité », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Jean-Guy BELLEY (dir.), Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195.

BELLEY, J.- G., « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel van de KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353-391.

BERGEL, J.-L., « La sécurité juridique », *La Revue du Notariat*, Vol. 110, sept. 2008, p. 271.

BERGER, K., « Harmonization of European Contract Law: The influence of Comparative Law », I.C.L.Q., 2001, pp. 877-900.

BISSON, A.-F., « Aspects contemporains de la codification des contrats commerciaux existants », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The Legal Order and the Realm of Commerce*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 135.

BISSON, A.-F., « Dualité de systèmes et codification civiliste » dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, p. 39.

- BOODMAN, M., « The Myth of Harmonization of Law », dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, p. 126.
- BOURGOGNE-LARSEN, Laurence, « Prendre les droits communautaires au sérieux ou la force d'attraction de l'expérience européenne en Afrique et en Amérique latine », dans *Études en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, éd. A. Pedone, 2004, p. 564.
- BRAËN, A., « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 807.
- BRIERLEY, J. E. C., « Bijuralism in Canada », dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, p. 22.
- BRIERLEY, J.E.C., « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1989, p. 103.
- CASSESE A., « Cette bouleversante pluralité d'espaces juridiques », dans UNITÉ MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ DE PARIS, Mireille DELMAS-MARTY et les années UMR, Société de législation comparée, 2005, pp. 77-81.
- CHAMBOREDON, A. et SCHMID, C., « Pour la création d'un *Institut européen de droit*. Entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *Rev. int. dr. comp.* 2001, pp. 685-708.
- CHAMPAUD, Cl., « Contribution à la définition du droit économique », *Daloz, Chronique*, 2007, p. 215.
- CHANTEPIE, G., « L'efficacité attendue du contrat », *R.D.C.* janvier 2010, n° 1, p. 347.
- CHARBIT, N., « L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP 2002 Éd. G., Doctrine I 100*, p. 9.
- CHARPENTIER, E., « Les fins et les moyens de l'unification du droit du commerce international », dans Nathalie VÉZINA (dir.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2008, pp. 7-32.
- CHARPENTIER, E., « L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT », *RJT*, 2002, Volume 36, p. 355.
- CISSÉ, A., « De l'art de réformer, ou la construction d'un nouveau droit dans la pensée de Mireille Delmas-Marty », dans UNITÉ MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ DE PARIS, Mireille DELMAS-MARTY et les années UMR, Société de législation comparée, 2005, pp. 133-143.
- CLARK, D., *Transnational Legal Practice : The Need for Global Law School*, *Am. J. Comp. L.*, 1998, Supp., pp. 261-274.
- COLLART-DUTILLEUL, Fr., « Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats », dans CADIET Loïc (Coord.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, pp. 168-183.
- COUTURIER, G., « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880.

CROISAT, M., « L'Europe communautaire: une union en quête de fédération », dans *Les mélanges Gérald A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret (dir.), Éditions Yvon Blais, 2002, p. 115.

CRÉPEAU, P.-A., « Pour un droit commun de la lésion mixte entre majeurs », dans Brigitte LEFEBVRE (Dir.) *Mélanges Roger COMTOIS*, Montréal, Les Editions Thémis, 2007, pp. 229-266.

CRÉPEAU, P.-A., « Unification du droit privé : perspectives canadiennes », dans *Conférences MERREDITH Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources / The continuance Relevance of the Law of Obligations : Back to basis*, Faculty of Law, McGill University, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, p. 1.

DAINOW, J., « Le droit civil de la Louisiane », RIDC, Vol. 6, 1954, n° 1, p. 21 et s.

DAINOW, Joseph, « Le droit civil et la Common Law : quelques points de comparaison », 1906, Bibliothèque Cujas, Univ. Panthéon-Sorbonne.

DARANKOUM, E., S., « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 177.

DARANKOUM, Emmanuel S., « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », RJT, 2002, Volume 36, p. 421 et s.

DAVID, R., « Les méthodes de l'unification », in *Le droit comparé - Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 304 et s.

DELMAS-MARTY, M. et IZORCHE, M.-L., *Marge nationale d'appréciation et Internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, Rev. Int. dr. Comp., 2000, pp. 753-780.

DELMAS-MARTY, M., *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999, p. 43.

DELPÉRIÉE, F., « Le principe de subsidiarité, de Bruxelles À Ottawa et vice versa », dans *Les mélanges Gérald A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret (dir.), Éditions Yvon Blais, 2002, p. 143.

FARNSWORTH, E., *The American Provenance of the UNIDROIT Principles*, Tul. L. Rev., pp. 1985-1994.

FAUVARQUE-CAUSSON, B., « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007, n° 2, p. 96.

FAUVARQUE-CAUSSON, B., « L'élaboration du CCR : regards comparatifs sur les travaux académiques », RDC Avril 2008, n° 2, p. 527 et s.

FAUVARQUE-CAUSSON, B., « CCR et Code civil », R.D.C., Oct. 2005, Chron., p. 1206.

FAUVARQUE-CAUSSON, B., « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », RIDC, Vol 50, n° 2, 1998, p. 463.

FERRARI F., « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties ; art. 4 du règlement de Rome I », *Revue critique de droit international privé*, n° 3, juillet-septembre 2009, p. 459 et s.

FONTAINE, M., « Paiement et performance. Réflexions sur les difficultés du dialogue comparatif à propos des Principes d'Unidroit », dans *Mélanges en l'honneur de Denis*

TALLON, *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 57-62.

FONTAINE, M., « La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », dans *Liber Amicorum, Commission droit et vie des affaires, 40^{ième} anniversaire*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 681.

FOUCHER, P., « La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques », dans *Les mélanges Gérald A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret (dir.), Éditions Yvon Blais, 2002, p. 155.

FRIEDMANN, W., « Stare Decisis at Common Law and Under the Civil Code of Quebec », *Can. L. Rev.*, Vol. 31, 1953, p. 724.

GERVAIS, M.-C., et M.-F., SEGUIN, « Le bijuridisme au Canada et dans le Monde : quelques considérations », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civile de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 2, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, 1.

GLENN, H. P., « Harmonization of Private Law Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », dans *Académie internationale de droit comparé / International Academy of Comparative Law, Rapports généraux, XIII^e Congrès international*, Montréal, 1990, *XIIIth International Congress General Reports*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 79.

GLENN, H.P., « La civilisation de la common law », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 595.

GRIVART de KERSTRAT Fr., « Common law et analogie », *RRJ, Droits prospectifs*, PUF, Cahiers de méthodologie juridique, 1995, n° 4, p. 1087 et s.

HARNAY S. et J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE* 2011, pp. 165- 192, Disponible sur www.cairn.info.

HARTKAMP, A., « Aristotle and European Private Law », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 83-92.

HONDIUS, E., « Finding the Law in a New Millennium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 93-118.

HONDIUS E., « Precedent and the law », *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3, Déc. 2007, Disponible sur www.ejcl.org.

HUET, J., « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Les Petites Affiches*, 10 nov. 1995, p. 6 et s.

JAMES J. C., « L'application dans le temps, des actes uniformes », *Revue juridique et politique*, Vol. 1, n° 2, 2002, p. 161.

JOBIN P.-G., « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents », *RIDC*, 1992, p. 381 et s.

KAHN, P., « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria*. A propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », dans *Liber Amicorum, Commission droit et vie des affaires, 40^{ième} anniversaire*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 125 et s.

- KESSEDJIAN, C., « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. Crit. DIP*, 1995, p. 641 et s.
- LAMETHE, D., « L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 303-316.
- LANDO, O., « The Worries of a Comparatist », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 139-148.
- LARROUMET, C., « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP*, 1997. I. 4011.
- LÉGARÉ A., « Dix provinces. Un État. Contribution au débat sur le fédéralisme canadien », dans *Mélanges André Lajoie*, Pierre Noreau et Louise Rolland (dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, pp. 885-904.
- LEGRAND, P., « De la profonde incivilité du *Code civil du Québec* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 1 et s.
- LEGRAND, P., « Comment certains enseignements de la philosophie et de la linguistique peuvent améliorer notre compréhension du droit des affaires à l'heure de la globalisation des économies » dans *Droit Global/Global Law*, 2001/2, pp. 29-48.
- LEGRAND JR, P., *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 53-81.
- LEQUETTE, Y., « Vers un code civil européen ? », dans *Le Code civil*, *Revue Pouvoirs*, n° 107, p. 97 et s.
- LOUNGNARATH V., « L'intégration juridique dans la zone ALENA : un chantier axé sur les processus », *Revue du Barreau*, tome 61, printemps 2001, pp. 1-50.
- LU, J., « MDM et son « trois défis pour un droit mondial » » dans *UNITÉ MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARÉ DE PARIS, Mireille DELMAS-MARTY et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, pp. 197-201.
- MacQUEEN, H., « Good Faith, Mixed Legal Systems and The Principles of European Contract Law », in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 615.
- MARKESINIS, B., *Studying Judicial Decisions in the Common Law and the Civil Law: A good Way of Discovering Similarities and Differences that Exist between these Legal Families*, in VAN HOECKE, M. OST, F. (eds.), *The Harmonization of European private Law*, Hart, Oxford, 2000, p. 118-134.
- MARTINY, D., *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?* In *Towards a European Civil Code*, A., HARTKAMP et al. (eds.), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2004, pp. 307-333.
- MARTIN, G., F., « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », *R.T.D.com.*, 1974, p. 1.
- MAZEAUD, D., « Faut-il avoir pur d'un droit européen des contrats? » dans *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, Paris, p. 397.
- MAZEAUD, D., « La réforme du droit des contrats en France », *Revue Juridique Thémis*, 2010, volume 44, n° 1, p. 243.

- MAZEAUD, D., « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet! », *Recueil Dalloz*, n° 38, 30 oct. 2008, p. 2675.
- MOENS, A. et BIFFOT, R., « Comparative Law and Unification of the Law. Teaching of Comparative Law and Comparative Law Teaching », in *Convergence of Legal Systems in the 21st Century*, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law in Brisbane, Australia, Bruylant, Bruxelles, 2006, 1582 pp.
- OGUS, A., « Economic Analysis and Comparative Law », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 169-178.
- PAILLUSSEAU, J., « Les contrats d'affaires », dans CADIET Loïc (Coord.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, pp. 168-183.
- PARENT S., « Le Code civil du Québec : incivilité ou opportunité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 15.
- PAYETTE, L., « La partie VIII de la loi canadienne sur les sociétés par actions en contexte de droit civil », *Revue juridique Thémis*, 2008, vol. 42, n° 1 et 2 portant sur *L'harmonisation de la loi canadienne sur les sociétés par actions avec le droit civil québécois : proposition de révision*, pp. 43-106.
- SACCO, R., « Les problèmes d'unification du droit », *Droit Global/Global Law*, 2001/1, pp. 9-26.
- SCHULZE Reiner, « Le nouveau CCR et l'acquis communautaire », *R.D.C.* juillet 2008, n° 3, p. 922.
- SVOBODA, K., « Assimilation de l'ordre juridique », dans *Mélanges en l'honneur de Denis TALLON, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 321-330.
- TEUBNER, Gunther, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », 1998, 61 *Modern Law Review*, p. 11.
- TUSSEAU, G., « Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations interparlementaire au Canada », dans *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, 2006, p. 961.
- VAN GERVEN, W., « *Casebooks for the Common Law of Europe. Presentation of the Project* », *Maastricht Journal*, 1996, p. 67-70.
- VAN GERVEN, W., « *Harmonisation of private Law: do we need it?* », 41 *Common Market Law Review*, 2004, pp. 505-532.
- VANDERLINDEN, J., « Pluralisme juridique radical, révélation et common law anglaise », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 583.
- VANDERLINDEN, J., et MORÉTEAU, O., « La structure des systèmes juridiques », in *Convergence of Legal Systems in the 21st Century*, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Bruylant, Bruxelles, 2006. (AAZF C749r 2002c)
- VAUCLAIR, A. et TASSÉ, L., « L'harmonisation de la loi canadienne sur les sociétés par actions : les premiers jalons bijuridiques du droit fédéral des sociétés », *Revue juridique Thémis*, 2008, vol. 42, n° 1 et 2 portant sur *L'harmonisation de la loi canadienne sur les sociétés par actions avec le droit civil québécois : proposition de révision*, pp. 5-12.

Articles en droit communautaire africain et OHADA

ABARCHI, D., « La supranationalité de l'OHADA », EDJA, n° 44, janv.-fevr.-mars, 2000, p. 7.

ABARCHI, D., « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », dans Recueil Penant, 2003, pp. 88-105.

ADOTÉVI, A., « Les lacunes du nouveau droit des affaires harmonisées », J. Afr. Écon. n°265

AGBOYIBOR, P., « OHADA: droit des affaires en Afrique », dans RDAI/IBLJ, n° 6, 1999.

ANOUKAHA, F., « L'OHADA en marche », *Annales F.S.J.P.*, T6, 2002, numéro spécial, page 7-24.

AQUEREBURU, Coffi Alexis. « L'Etat, justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA », dans Recueil *Penant*, n°832, Janvier à Avril 2000

ASSI, E. A. « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction? » dans Revue internationale de droit comparé, 2005, pp. 943-955.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », Petites affiches, n° spécial, 13 octobre 2004, pp. 63.

BAMODU, G., « Transnational law, unification and harmonization of international commercial law in Africa », *Journal of African Law*, 1994, p. 125.

BAR, Chr. Von « Le groupe d'études sur un code civil européen », dans Revue internationale de droit comparé, 2001, pp. 127-139.

BENHKEMOUN, L. « Quelques réflexions sur l'OHADA, 10 ans après le Traité de Port-Louis », dans Recueil *Penant*, 2003, pp. 133-139.

BLANC-JOUVAN, X. « La résistance du droit africain à la modernisation », dans Revue sénégalaise de droit, 1977, pp. 21-44.

BONELL, M.J. « Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles? », dans Revue de droit uniforme / Uniform Law Review, 2007, pp. 233-250.

De La BOUILLERIE, P., THOUVENOT, S., « Droit des Etats-membres et normes OHADA : de l'opportunité et de la méthode d'une mise en conformité », dans Revue de droit des affaires internationales, 2007, pp. 100-105.

BOUREL, P., « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Dalloz, 2007, pp. 969-972.

CHIFFLOT BOURGEOIS, F., L., BEN KEMOUN, et S. THOUVENOT, « Pérenniser le succès de l'OHADA : Pistes de réflexion », dans Revue de droit des affaires internationales, 2006, pp. 229-240.

CISSÉ, A., « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », RIDE, 2004, pp. 197- 225.

COFFY DE BOISDEFFRE, M. J., « Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'Afrique anglophone à la lumière de l'expérience du droit des affaires des pays de l'Union européenne », dans Recueil *Penant*, 2004, pp. 425-437.

CONSTANTINESCO, L.-J., « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », RIDC, n° 2, 1990, pp. 14 et s.

COULIBALY, Cheikh A. T., « OHADA, saisine et procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Traité de l'OHADA », Dakar : ECJ, 1998

DAFFE, G., « Rapport marchand, rapport salarial et développement du secteur informel au Sénégal », Revue EDJA, 1990, n° 17-18, p. 2.

DATE-BAH, S. K. « Communication sur le droit des obligations civiles », Revue sénégalaise de droit, 1977, pp. 79-100.

DAVID, R., « A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries », 1963, 37 Tulane Law Review, p. 187.

DECOTTIGNIES, R. « La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », dans Revue sénégalaise de droit, Juin 1977, n° 21, 11^e année, pp. 59-78.

DIAKITÉ, D., « Le défi de l'Intégration économique en Afrique de l'Ouest », Edit. Harmattan, 1998.

DIALLO, B. « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre du Traité de l'OHADA », dans Recueil *Penant*, 2007, pp. 40-61.

DIALLO, I., « Les mécanismes d'élaboration des normes de droit communautaire l'équation de la méthode ». Séminaire sur le droit commun, Dakar, Juillet 2005.

DICKERSON, Cl. M. « Harmonizing Business Laws in Africa : OHADA Calls the Tune », dans Columbia Journal of Transnational Law, 2005, pp. 17-73.

DOUJANI, G., « Les conditions de la création dans l'OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », Rec. *Penant* 1997, p. 39 et s.

DUWUONA-HAMMOND C., « The Reform of Consideration by The Contracts Act, 1960 (Act 25) : Implications for the Law of Contract in Ghana », University of Ghana Law Journal, Vol. XIX, 1993, p. 1.

FEVILIYE-DAWEY, C.I., « La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone », dans *Recueil Penant*, 2004, pp. 133-140.

FONTAINE, M., « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », dans *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 2004, pp. 253-267.

FONTAINE, M., « The Draft OHADA Uniform Act on Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », dans *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 2004, pp. 573-584.

FONTAINE, M. « Un projet d'harmonisation du droit des contrats en Afrique », dans Institut suisse de droit comparé, *The UNIDROIT Principles 2004 : Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2007, pp. 95-105.

GUILLOT, E. J., « Réflexions sur les coutumes de droit privé en Afrique Noire et à Madagascar », RIDC, Vol. 4, n° 3, juillet-septembre 1952, pp. 419-440.

- ISSA-SAYEGH, J., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », dans *Revue de droit uniforme*, vol. IV, 1999-1.
- ISSA-SAYEGH, J., « L'ordre juridique de l'UEMOA et l'intégration juridique africaine », dans *Études en l'Honneur de Jean-Claude GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, éd. A. Pedone, 2004, p. 1.
- JOHNSON, K. L. « L'OHADA et la modernisation du droit des affaires en Afrique », dans *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 2003, pp. 71-78.
- KANGULUMBA MBAMBI, V. « Les droits originaires africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Cahiers de droit*, 2005, pp. 315-338.
- KENFACK DOUAJNI, G. « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », dans *Recueil Penant*, 2005, pp. 174-188.
- KENFACK DOUAJNI, G., « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », *Penant*, n° 830, Mai à Août 1999.
- KIRSCH, M., « Historique de l'OHADA », *Penant*, n°827, Mai à Août 1998.
- KOUASSI K., « Bilan et perspectives de l'OHADA », *Ecodroit*, n° 11, 2002, p. 10.
- LAGARDE, X. « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *Dalloz*, 2005, pp. 2745-2747.
- LANDO, O., « Culture and Contract Laws », dans *European Review of Contract Law*, 2007, pp. 1-20.
- LOHOUES-OBLE, J., « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », dans *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 1999, p. 543 et s.
- MANCUSO, S. « Trends on the Harmonization of Contract Law in Africa », Golden Gate University School of Law, *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. XIII, 2007, pp. 157-178.
- MAUS D., « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, n° 80, p. 675 à 696, disponible sur www.cairn.info
- MBAYE, K., « L'unification du droit en Afrique », *Rev. Seneg. de droit*, 1971, n° 10, p. 65 et s.
- MBILAMPINDO, W., « Réflexions iconoclastes sur l'OHADA », *Jeune Afrique*, n° 267, Juillet 98
- MEILLASSOUX Claude, « Essai d'interprétation du phénomène économique dans les sociétés traditionnelles d'auto-subsistance », *Cahiers d'études africaines*, Vol. 1, n° 4, 1960, pp. 38-67, disponible sur www.persee.fr/web/revues/home
- MELONE, S. « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », dans *Revue sénégalaise de droit*, 1977, pp. 45-57.
- NDOYE, D et SAKHO, M., « Autopsie du Traité relatif à l'OHADA », *Rev. EDJA*, n° 22, 1994, p. 18 et s.
- OGWURIKE C., « The Source and Authority of African Customary Law », *University of Ghana Law Journal*, Vol 3, 1966, n° 1, p. 11.

- OGWURIKE C., « A Functionnal Analysis of Ghanaian Legal Sources », *University of Ghana Law Journal*, Vol. 3, 1966, n°1, p. 123.
- OLIVEIRA, A., « La délimitation des compétences de la CCJA et les juridictions nationales », Communication à la session de formation du CFJ, Oct. 2000.
- ONANA ETOUNDI, F., « Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », dans *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 2005, pp. 683-718.
- OSMAN, Filali, « Vers une *lex mercatoria euromediterranea* : la légistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l'Union pour la Méditerranée », *RDAI* 2009, n° 5, p. 575 et s.
- ROLLAND, Louise, « Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : variations et mutations », *R.J.T.*, 2002, Vol. 36, p. 583 et s
- RONGEAT-LOUDIN, Federica et Martin OUDIN, « La réception des Principes Unidroit par la *lex mercatoria* : l'exemple de la bonne foi », *RDAI* 2009, n° 6, p. 697
- SAYEGH, J., I., « L'intégration juridique des États de la zone franc », *Rec. Penant*, p. 5 et s.
- SECK, A., « L'Afrique et le droit OHADA », *Gazette du palais*, n° 48-49.
- SECK, T., A., « L'effectivité de la pratique arbitrale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et les réformes nécessaires à la mise en place d'un cadre juridique et judiciaire favorable aux investissements privés internationaux », dans *Penant*, n° 833, Mai-Août, 2000.
- SIETCHOUA DJUITCHOKO, C., « Les sources du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », dans *Recueil Penant*, 2003, pp. 140-179.
- TAPIN, D., « Le renouveau du droit des affaires en Afrique francophone », *Les échos*, Oct. 1997.
- TATY, G. « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation du droit des affaires des États membres de la zone franc », dans *Penant*, n°830, Mai à Août 1999
- TEPPI KOLLOKO, F., « Droit et pratique de la common law à l'épreuve du droit OHADA », dans *Recueil Penant*, 2006, pp. 345-352.
- THOUVENOT, S., « Développements de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Revue de droit des affaires internationales*, 2006, pp. 704-708.
- VANDERLINDEN, J., « The Recording of Customary Law in France During the Fifteenth and Sixteenth Centuries And the Recording of African Customary Laws », *Journal of African Law*, Volume 3, 1959, p. 165 et s.
- VEILLARD, I., « Le caractère général et commercial des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Revue de droit des affaires internationales*, 2007, pp. 479- 492.
- VERDIER, R., « Ethnologie et droits africains », *Journal de la société des africanistes*, 1933, tome 33, fasc. 1, pp. 105-128, disponible sur www.persee.fr/web/revues/home
- WOODMAN, G. R., « Common Customs of Ghana: Common Law or Customary Law », *University of Ghana Law Journal*, Vol. V, 1968, p. 1. AAIE U58

ZENATI-CASTAING, Frédéric, « L'avenir de la codification », R.I.D.C., n° 2, 2011, p. 355 et s.

ZINZINDOHOUE, A., « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », in RDAI, n° 2, 2000, p. 227 et s.

LOIS, JURISPRUDENCE ET SOURCES INTERNET

Lois, décisions et règlements

Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit de la consommation

Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit du travail

Code des obligations civiles et commerciales annoté de NDOYE, M., Dakar, Sénégal, 1991.

Code vert, Traité et Actes uniformes OHADA, Juriscope, 2012

Code civil du Québec, Montréal, Editions Yvon Blais, 2012

Code de procédure civile, commerciale, administrative, du Bénin

Décision n° 003/2009/CM/OHADA du Conseil des Ministres portant orientation stratégique quinquennale pour l'harmonisation du droit des affaires

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4

Loi d'harmonisation n° 2 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2004, ch. 25

Loi d'interprétation, L.R. 1985, ch. I-21

Loi ivoirienne n° 83/789 du 02 août 1983.

Loi sénégalaise n° 85/40 du 29 juillet 1985

Lois gabonaises n° 13/69 du 31 décembre 1969; n° 10/73 du 20 décembre 1973; n° 12/79 du 28 mars 1979; n° 1/84 du 31 mars 1984; n° 0/86 du 04 août 1986.

Ordonnance nigérienne du 19 juin 1980 n° 80/15

Ordonnance congolaise n° 62/62 du 16 octobre 1962

Ordonnance malgache n° 78/006 du 1er mai 1978 portant "Charte des entreprises socialistes"

Jean SOHIER, Répertoire général de la jurisprudence et de la doctrine coutumières du Congo et du Rwanda-Urundi (jusqu'au 31 décembre 1953), Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1957.

Jurisprudence et avis

Avis CCJA N° 02/2001 du 11 Octobre 2001

Avis CCJA N° 001/2002 du 10 Janvier 2002

Avis CCJA N°030/2004 du 04 Novembre 2004 société de gestion ivoirienne de transport maritime et aérien C/ société africaine de matière export

Avis CCJA N°062/2005 du 15 Décembre 2005

Avis N° 001/99 du 07 Juillet 1999 CCJA : Sur le régime juridique des nullités institués par l'AUPSRVE.

Avis CCJA n° 002/2010 en date du 03 août 2010

CCJA, n° 017/2006, 26-10-2006: SONATEL c/ Sté d'Exploitation de la clinique SOKHNA FATMA; Recueil de Jurisprudence N° 8 / 2006, p. 52.- Le Juris Ohada n° 1/2007, p. 4, www.ohada.com/jurisprudence, référence Ohadata J-08-102.

CCJA, Arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/ Sosiété Togo Télécom.

Cr suprême Côte d'Ivoire, ch. jud., n° 116, 06-03-2003, www.ohada.com, Référence OHADATA J-03-232, obs. J. ISSA SAYEGH,

Cr suprême Abidjan, Côte d'Ivoire, ch. jud., n° 136, 15-03-2001, www.ohada.com:jurisprudence, OHADATA J-02-86, obs. F. KOMOIN.

Cr. Supr. Niger, n° 06-159/C du 1er juin 2006, www.juriniger.org, Décision n° 134

Cr. Suprême Cameroun, n° 189/CC, 15-05-2003. Arrêt n° 189/CC, Affaire ANSARY TRADING COMPANY s/c ABBA LAMINE c/ SCB-CL, www.ohada.com, Référence OHADATA J-05-23

CA Abidjan, ch. civ. & com., n° 617, 08-06-2004, www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-05-263

CA Littoral, n° 011/CC, 24-10-2003, www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-024-222, obs. J. ISSA-SAYEGH

CA Abidjan, 1ère ch. civ. & com., n 310, 16-03-2001, www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-02-115, obs. J. ISSA-SAYEGH.

CA Dakar, n° 282, 23-06-2000, www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-03-163, obs. Ndiaw DIOUF.

Cour d'Appel de Bobo Dioulasso, Référence : 2004 cab 96 (JB) en date du 17-05-2004. Disponible sur www.juriburkina.org

TGI Ouagadougou, n° 779, 13-09-2000, www.ohada.com/jurisprudence, OHADATA J-03-95, obs. Joseph ISSA SAYEGH.

TPI Niamey, n° 027, 20-01-1999, www.ohada.com/jurisprudence, consulté le 24 novembre 2012, OHADATA J-04-74

Guérin c. Canada, 1984, 2 R.C.S. 335

International Court of Arbitration, numéro 15089 du 15-09-2008

International Court of Arbitration, numéro 11601, 2002

Renvoi relative à la secession du Québec, 1998, 2 R.C.S. 217

WALFORD c. MILES, 1992, 2. AC. 128; 1992 1 All E.R. 453 1992 2 WLR 174.

Sources Internet

Code IDEF annoté de l'OHADA, Disponible sur <http://www.institut-idef.org/-Code-OHADA-annotate-.html>

DATE-BAH, Samuel K. « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa. Reflexions on the OHADA Project from the Perspective of A Common Lawyer from West Africa », <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2004-2-datebah-e.pdf>.

DIAKHATÉ M., « OHADA : un nouveau droit des affaires pour sécuriser l'investissement en Afrique », www.oecd.org/dataoecd/19/14/23731286.pdf

GROOSE Ruse-Khan Henning, « The European Draft Common of Reference. A Source of Comparative Law; A New Option for Choosing the Applicable Law; Or A Template for a European Civil Code », disponible sur www.ssrn.com.

MAK Chantal, « The Constitution of A Common Frame of Reference for European Contract Law », ERCL, 4/2008, p. 561 et s., disponible sur www.ssrn.com.

MASAMBA, R., « La perspective d'adhésion de la RDC à l'OHADA et le rapprochement avec les pays anglophones », Disponible à : http://www.congolegal.cd/article.php3?id_article=12

RUTGERS Jacobien, « The Draft Common Frame of Reference, Public Policy, Mandatory Rules and the Welfare State », disponible sur www.ssrn.com.

Site officiel de l'OHADA : www.ohada.org

Site de l'UNIDA, partenaire de l'OHADA : www.ohada.com

Site de la Fondation pour le droit continental : www.fondation-droitcontinental.org

Site de l'IDEF : www.institut-idef.org

Site du JURICAF : www.juricaf.org

Site de JURISCOPE : www.juriscope.org

Moteur de recherche WIKIPEDIA : www.wikipedia.org

Portail PERSEE : www.persee.fr

Réseau de recherche numérique en sciences sociales : www.ssrn.com